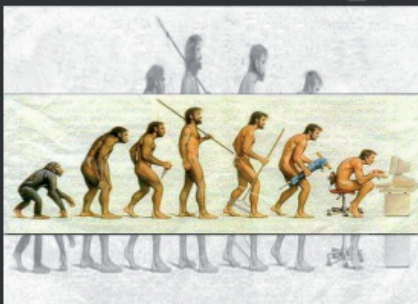
NILTON CÉSAR FLORES
RENATA BRAGA KLEVENHUSEN
coordenadores

DIREITO Público & Evolução Social

3ª série

Alessandra de Andrade Rinaldi
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
André Cleófas Cavalcanti Uchôa
Bárbara de Landa Gonçalves
Bianca Riccobene
Edna Raquel R. S. Hogemann
Fábio de Oliveira
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Lenio Luiz Streck
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho
Nilton Cesar Flores
Renata Braga Klevenhusen
Rogério Gesta Leal
Vanice Lírio do Valle
Vicente de Paulo Barretto

Colaboradores

ISBN: 978-85-375-2159-5

Lumen Juris Editora

DIREITO PÚBLICO E EVOLUÇÃO SOCIAL

Nilton César Flores
Renata Braga Klevenhusen
coordenador

DIREITO PÚBLICO E EVOLUÇÃO SOCIAL

Editora Lumen Juris
Rio de Janeiro
2011

APRESENTAÇÃO

O Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Estácio de Sá oferece à comunidade jurídica a 3a série da obra coletiva Direito Público e evolução Social, e que conta, em alguma medida, em co-autoria, com valorosas contribuições de seus discentes ou ex-discentes.

A obra reflete o pensamento das linhas de pesquisa do Programa: acesso à justiça e efetividade do processo, e direitos fundamentais e novos direitos, de modo que as contribuições revelam a característica interdisciplinar, própria do nosso PPGD.

Entendemos que o caminho para uma sociedade mais justa se inicia na educação e na formação de saberes comprometidos com valores morais e humanos, de tal modo que cada um, nas suas respectivas áreas de conhecimento, traga sua contribuição para um mundo melhor. Para muitos pode parecer utopia, mas na verdade é evolução, e se olharmos na história iremos perceber que os temas tratados nesta obra representam um grande avanço do ser humano no respeito às leis e ao interesse coletivo.

Neste sentido, cada edição publicada reforça o pensamento crítico da sociedade, bem como indica quais ações governamentais esperamos para que sejam efetivados estes direitos. A sociedade Pós-Moderna não espera uma garantia apenas teórico jurídica, mas que seja efetiva e para todos.

O resultado de tudo isto é esta obra, que seguramente irá contribuir para o pensamento crítico da comunidade acadêmica,

que busca temas profundos abordados numa linguagem clara e precisa.

Por fim, agradecemos a oportunidade, em especial a Profa. Renata Braga Klevenhusen, que organizou o projeto desta obra coletiva, que já se consolida na 3 série, bem como, o Prof. Dr. Luiz Gustavo Grandinetti, pela iniciativa. Fazemos votos de que este trabalho continue a produzir frutos e abra novos espaços para um mundo melhor e mais justo.

Prof. Dr. Renata Braga

Nilton Cesar Flores
Coordenador Adjunto do PPGD - UNESA

Sumário

APRESENTAÇÃO VI
Sumário VIII

Solidariedade, localidade, filiação e a "nova cultura da adoção" no município do Rio de janeiro 1

1. Introdução 1
2. A pesquisa realizada: um breve relato 6
3. Os "sujeitos de direito" e a questão da adoção 10
   3.1. Adoção: um cenário legal 10
   3.2. Descrição analítica do fluxo processual da adoção no município do Rio de Janeiro e o lugar dos Grupos de Apoio à Adoção 16
   3.3. Caminhos da adoção, seus personagens 20
4. Uma prévia descrição dos processos em adoção 23
5. Considerações em construção 29
Referências bibliográficas 31

O tratamento do conflito de vizinhança no âmbito do IV JECRIM/RJ. Uma abordagem interdisciplinar ... 35

1. Introdução 35
2. Conflitos entre vizinhos: jurisdição criminal? 38
3. Os conflitos entre vizinhos 43
3. A necessidade de uma nova perspectiva 45
5. A mediação nos Juizados. Primeiras palavras. 48
6. Considerações Finais 57
Referências bibliográficas 59

Direitos humanos e direitos não-humanos............... 63

1. Duas estranhezas do título: Há direitos não-humanos?
Por que tratar de direitos não-humanos?.................................. 63
2. Por que não existiriam direitos não-humanos? 72
3. Quem são os titulares dos direitos não-humanos? Que
direitos?.. 82
5. Direito dos Animais, Ecologia Profunda: limitações herme-
nêuticas e a admissão do discurso *contra legem*....................... *103*
6. Considerações finais 108
Referências bibliográficas 111

O (pós-) positivismo e os propalamos modelos de juiz (Hércules, júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários.. 115

1.De onde exsurgem os equívocos acerca do que seja a "inter-
pretação da lei" e dos "dilemas do positivismo" (ou do pós-
-positivismo). 115
1.2. Os modelos de juiz e a determinação do papel do in-
térprete no Direito ou "de como não se pode examinar -
os "modelos" sem levar em conta as dimensões paradig-
máticas decorrentes do esquema sujeito-objeto"................. 122
2. Da metáfora do juiz (Hércules) à metáfora da resposta
(correta) ou de como a resposta correta deve ser compreendida
como uma metáfora... 129
3. Aportes finais: um decálogo hermenêutico........................... 135
Referências bibliográficas 149

A Inovação tecnológica como instrumento de efetivi dade dos direitos humanos de terceira geração...... 151
Referencias Bibliográficas.. 167

Saúde judicializada: novos desafios a partir de uma perspectiva empírica... 169

1.Considerações iniciais: um novo olhar sobre um multiface-
tado problema.. 169

2. Contextualizando a constitucionalização do direito a saúde na Carta de 1988 171
3. O cenário da judicialização da saúde no Estado do Rio de Janeiro 175
4. ... Medicalização da vida e a construção social do patológico 178
5. A fronteira entre a saúde e a assistência: os riscos de subversão do sistema de seguridade 181
6. Resgatando um vetor perdido: a dimensão ativa do direito fundamental à saúde 187
Referencias Bibliográficas 191

CONSTITUIÇÃO E DIREITO EUROPEU: Lições para a efetividade dos direitos humanos na América - Meridional 195

1. Introdução 195
2. Globalização e o desafio Europeu 200
2. Direito comunitário 203
3. Processo de integração na América do Sul. 205
4. Conclusão 210
Referencias Bibliográficas 213

A PROTEÇÃO DOS BENS COMUNS ENQUANTO PROBLEMA JURÍDICO E POLÍTICO: apreciações preliminares 215

1. Notas Introdutórias 215
2. A reformatação do Estado Administrador como Estado Social 216
3. O evolver histórico da propriedade e sua inserção social 224
4. Bens Comuns e patrimônio: novos paradigmas 236
5. Conclusão 243
Referencias Bibliográficas 245

QUESTÕES DE EUGENIA, NOVOS DIREITOS E HABERMAS 251

1. Introdução.. 251
2. A compreensão do "efeito bola-de-neve" 253
3. Por um futuro Direito da natureza humana? 259
4. Os caminhos e descaminhos da eugenia liberal 264
    4.1. Ronald Dworkin e a contra-eugenia.............................. 265
    4.2. As críticas específicas de Ronald Dworkin ao modelo habermasiano de contra-eugenia 271
5. Considerações Críticas Finais... 275

Referencias Bibliográficas..280

Solidariedade, localidade, filiação e a "nova cultura da adoção" no município do Rio de janeiro

Alessandra de Andrade Rinaldi[1]

1. Introdução[2]

A concepção ocidental, que implica em uma *biologização e genetização* do parentesco, é produto de uma transformação histórica relativa à forma de compreender a noção de natureza humana. Houve segundo Luna[3] uma passagem de uma concepção teológica, cristã e filosófica, segundo a qual a natureza humana seria integrante de um sistema moral, para uma visão de que seria essa produto exclusivo de uma dimensão biológica. Transformação datada do Iluminismo e pautada na percepção

1 Pós- doutoranda em Antropologia Social pelo PPGAS-MN/UFRJ, Doutora em Saúde Coletiva pelo IMS/UERJ e Professora Adjunta em Antropologia na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

2 Grande parte deste trabalho foi desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA. Atualmente a pesquisa está sediada na UFRRJ e foi desdobrada no pós-doutoramento em andamento no PPGAS/MN/UFRJ.

3 LUNA, Naara. Natureza humana criada em laboratório: biologização e genetização do parentesco nas novas tecnologias reprodutivas. *História, Ciências, Saúde,* v. 12, nº2, p. 395-417, maio- ago, 2005.

de que a natureza, mais do que reflexo de valores morais transcendentes seria a base física da realidade. Segundo Laqueur[4], é por meio dessa concepção de natureza que se reestruturam, inclusive, relações sociais. Como por exemplo, o sexo biológico torna-se demarcador das diferenças de gênero, fazendo com que a compreensão da diferença de comportamento masculino e feminino seja elaborada com base no dimorfismo sexual[5].

Nesse sentido, a compreensão ocidental acerca do significado de parentesco e de suas implicações sociais e jurídicas não está isenta de historicidade, tampouco é passível de ser apreendida como uma verdade absoluta e inquestionável. Prova disso são as considerações de Claudia Fonseca[6] sobre o impacto que as ciências biomédicas tiveram ao final do século XX, não só na composição de novas relações de parentalidade, mas também na maneira como os campos de produção eruditos passaram a conceber família e parentesco.

Segundo essa autora, a popularização da pílula anticoncepcional, na década de 1960, e sua consequente promoção de ruptura entre sexualidade/reprodução,

---

4 LAQUEUR, Thomas. *Inventando o sexo*: corpo e gênero dos gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p.22.

5 Segundo Laqueur: "As mudanças sociais e políticas não foram, por si sós, explicações para a reinterpretação dos corpos. A ascensão da religião evangélica, a teoria política do Iluminismo, o desenvolvimento de novos tipos de espaços públicos, no século XVIII, as idéias de Locke de casamento como um contrato, as possibilidades cataclísmicas de mudança social, elaboradas pela Revolução Francesa, o conservadorismo pós-revolucionário, o feminismo pós-revolucionário, o sistema de fábricas com sua reestruturação da divisão sexual de trabalho, o surgimento de uma organização de livre mercado [...], nada disso causou a construção de um novo corpo sexuado. A reconstrução do corpo foi por si só intrínseca a cada um desses movimentos." (LAQUEUR, op.cit, p. 22-23)

6 FONSECA, Claudia. A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA. Revista Estudos Feministas, Rio de Janeiro, ano/ vol12, n. 002, pp. 13-34, maio- agosto, 2004.

as novas tecnologias reprodutivas[7] e a possibilidade de mudança de gênero, por meio das cirurgias de tansgenitalização, foram "fatos" que contribuíram para a mudança da visão ocidental sobre laços biológicos, família e parentesco. Nesse contexto, a biologia vai, aos poucos, deixando de ser vista como um dado bruto, existente fora da ou anterior à cultura, ao mesmo tempo em que não é mais vista como uma força que opera a partir de uma natureza dada ou fixa[8].

No entanto, esse cenário é circunscrito por um paradoxo no que diz respeito à visão sobre elos biológicos e parentesco. Ao mesmo tempo em que aumentam as intervenções sobre o corpo e as percepções da importância das ações humanas na constituição da parentalidade ocorre a disseminação da ideia de que parentesco é biológico/genético. Como exemplo, os exames de DNA surgem como mecanismos científicos de demonstração empírica desta assertiva.

No que diz respeito aos reflexos destas representações no campo jurídico brasileiro, pode-se afirmar que a visão do parentesco constituído por base de uma herança genética não é exclusiva entre os operadores de justiça no Brasil. Entre alguns teóricos do Direito de família, mais do que biologia, afeto é fundamental na constituição destes laços.

---

7 "Novas tecnologias reprodutivas ou técnicas de reprodução assistida são procedimentos da medicina que substituem o ato sexual na concepção. As mais conhecidas são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* (bebê de proveta). Tais técnicas supõem a manipulação de pelo menos um gameta fora do corpo. Na inseminação artificial, em contexto de medicalização, faz-se estimulação ovariana leve, depois sêmen tratado é introduzido através do colo do útero no período fértil. Na fertilização in vitro, ou FIV, após um período de estimulação dos ovários com altas doses de medicamentos hormonais, coletam-se óvulos que, por sua vez, são unidos em laboratório com sêmen tratado. O embrião é transferido para o útero ou congelado." (LUNA, op. cit, p.394)

8 Ibidem, p.28.

Essa visão pode ser vista no livro *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, escrito por Pereira[9]. O autor faz especial menção ao princípio da afetividade, afirmando que este se encontra na jurisdição da paternidade sócioafetiva, que abrange os filhos biológicos ou não.

> Isso porque o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sangüínea, mas sim o cuidado e o desvelo dedicado aos filhos[10]**.**(sic)

Adotando a mesma linha de raciocínio com relação ao primado da afetividade em detrimento do elo biológico, Maria Berenice Dias[11] remete a filiação aos aspectos sócioafetivos. De acordo com a autora, a convocação a uma filiação biológica é mais uma preocupação dos pais e dos filhos do que propriamente do Estado, cuja condução maior é a de garantir o interesse da criança, seja por um elo afetivo ou social. Prova disso é que o art. 1597 do Código Civil (2003) prestigia a relação de paternidade legal, ou seja, considera ser pai o marido da mãe. Pela presunção *pater est*, prevalece a "paternidade fictícia" sobre a verdade biológica.

A subvalorização dos elos biológicos não é, no entanto, visão dominante. Ao contrário, a *biologização e a genetização* do parentesco vêm promovendo impactos na legislação brasileira. Por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8069/90, em consonância com o artigo 227 da nossa Constituição Federal de 1988, garante a igualdade de direitos a todos os infantes e jovens, descriminalizando-as e inserindo-os num *locus* de cuidado e proteção próprio da sua condição de sujeitos em

9 PEREIRA, R. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006.

10 PEREIRA, op.cit, p. 184.

11 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

desenvolvimento. A fim de assegurar a condição de sujeitos de direito, o ECA, em seu artigo 27, garante o direito à investigação do "estado de filiação" enquanto um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, como pode ser visto abaixo,

> Art. 27 – O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

Por conseguinte, garante o direito à "historicidade pessoal", entendido segundo Klevenhusen[12], como componente de uma "identidade genética" [13]. Em consonância com estas ideias, a Lei 12010/09, conhecida como "Nova Lei de Adoção[14]", no art. 48 prevê que:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

---

12 KLEVENHUSEN, Renata Braga. A responsabilidade Intergeracional e o Direito de Conhecer a origem biológica. *JurisPoiesis,* ano 8, n. 7, p.319-333, jan. 2005.

13 A argumentação em torno da "identidade genética" se aproxima da concepção do parentesco como substância e crê que pai e mãe contribuam igualmente para a consolidação "da identidade pessoal" dos filhos.

14 Esta Lei dispõe sobre adoção e alteras as Leis nº 8.069/90 de 13 de julhos de 1990 (ECA), 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivo da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2001, e da Consolidação das Leis do Trabalho- CLT, aprovada pelo Decreto Lei nº 5452 e 1 de maio de 1943.

2. A pesquisa realizada: um breve relato

Frente ao que foi apresentado, no ano de 2008 construiu-se uma pesquisa- com apoio da FAPERJ - cuja proposta era investigar os reflexos que a concepção *biologizante* e *genetizante* de parentesco causa nos operadores do Direito da área da infância e juventude no município do Rio de Janeiro. Desta forma, almejou-se investigar, do ponto de vista qualitativo, como estes profissionais representam a questão da adoção em relação ao vínculo biológico da "família de origem". A proposta era perceber o significado e a prática da adoção na visão dos membros das *Varas da Infância da Juventude e do Idoso*, dos integrantes da Promotoria da Infância e da Juventude e da Defensoria Pública. Em função disso, foram feitas entrevistas, das quais: duas com Juízes da Infância e Juventude, outra, com uma Psicóloga do Tribunal de Justiça; seis com Promotores de Justiça da Infância e Juventude que atuam na Capital e cinco com Defensores Públicos que compõem o quadro do CDEDICA (Coordenadoria dos Direitos da Criança e do Adolescente) [15].

Partiu-se do pressuposto de que existe um movimento de *genetização* e de *biologização* do parentesco, produto de uma realidade ocidental, refletida no universo jurídico do país e na sociedade brasileira atual. Tal afirmativa não significa a crença na visão de que as mudanças jurídicas e sociais sejam produto exclusivo do campo biomédico, como a genética, por exemplo, mas antes o compartilhamento da visão teórica de não ser possível a compreensão do Direito e da sociedade em sentido estrito. Acreditou-se que o Direito brasileiro está sendo afetado não só por esta nova forma de compreender a pessoa, a família e parentesco, mas, ao mesmo tempo, por uma maneira de ver

---

15 O CDEDICA foi escolhido em função de ter sido apontado pelo próprio campo como uma entidade que atua privilegiando a reintegração familiar em oposição à adoção. Versão contestada pelos Defensores que o integram.

laços sociais baseando-os no idioma de parentesco estruturado no princípio da consaguinidade.

Além do exposto, havia a proposta de apreender o que move indivíduos ou casais a ingressarem com uma ação de adoção. Ao serem elaboradas as premissas, acreditava-se que esta era movida em função de um imperativo da reprodução. Ou seja, pressupunha-se que buscavam esta forma de filiação como "saída" para um projeto parental "biológico-natural" sem sucesso. Por meio de um mapeamento qualitativo e quantitativo de processos e de "habilitações", a intenção foi a de colocar à prova esta hipótese, e, ao mesmo tempo, obter dados sobre os motivos que movimentam as ações; sobre o perfil dos adotados; a respeito das relações entre "postulantes" e "genitores", e sobre a duração do trâmite legal. Será sobre esta análise em processos que versará este artigo.

Iniciou-se, assim, a investigação tendo como *lócus privilegiado* os processos e as "habilitações" em adoção[16]. Por esta razão coletou-se dados nas *Varas da Infância, da Juventude e do Idoso* do município do Rio de Janeiro, em que tramitam e são arquivados os documentos desta ordem. Das três existentes- *Vara de Infância Juventude e do Idoso da Comarca da Capital (VIJI)*, a *1º Vara da Infância da Juventude e do Idoso (1ºVIJI)*, regional de Madureira e a *2º Vara da Infância da Juventude e do Idoso (2ºVIJI)* regional de Santa Cruz - realizou-se o levantamento em duas, nas regionais de Santa Cruz e de Madureira. Investigaram-se os iniciados nos anos de 2000 até o momento atual, em função das limitações impostas pelo campo. Uma vez que não foi dada autorização para a realização da pesquisa na *VIJI Comarca da Capital esta* teria de se ater aos dados contidos nas regionais. Como foram criadas em 2006, o material diria respeito a este período em diante, mas como houve "redistribuição" de processos em andamento da *VIJI da Comarca da Capital* para

16 A "habilitação" é um procedimento administrativo que, após a Lei 1210/09, foi transformada em etapa prévia e obrigatória para a adoção.

aquelas em função da jurisdição territorial obteve-se acesso aos documentos iniciados a partir de 2000.

Em termos metodológicos, os documentos foram analisados tal como proposto por Vianna[17], ou seja, como um conjunto de relatos convertidos em "depoimentos" escritos por um "mecanismo de controle burocrático e de construção de afirmação de autoridade" que são fundamentais para a produção de uma decisão judicial[18]. Compreendeu-se um "auto" como resultado de um confronto de posições de autoridade entre os que depõem e os que são responsáveis em "traduzir" as falas em termos da universalidade jurídica. Uma vez demarcado o poder destes últimos, o que se tem como resultado e/ou depoimento é algo que foi produzido sob *condições de constrangimento*[19]. Frente a essas *condições* aquilo que é dito pelos litigantes é construído por meio do reconhecimento desse poder e dos seus efeitos sobre a decisão judicial. Além dos litigantes, os oficiantes da justiça também constroem as "peças processuais" por meio de um *cálculo de repercussão.* Assim como os depoentes, que selecionam o que irão falar, estes escolhem o que registrar, significando ser a "conversão" feita pelos agentes autorizados uma seleção arbitrária carregada de representações sociais e parcialidades.

Retomando aos objetivos, no que se refere aos pais adotivos e aos "postulantes", a proposta não era ter exclusivamente os documentos como fonte sobre as razões que os levavam a esta modalidade de filiação. Com esta escolha, houve dificuldades para chegar até eles e realizar entrevistas. Não seria possível usar os documentos como caminho de chegada até os pretensos entrevistados em função do "segredo de justiça" que o

---

17 VIANNA, Adriana de Resende Barreto. *Limites da menoridade: tutela, família e autoridade em julgamento. 350 f.(*Tese de doutoramento). Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social Museu Nacional (Universidade Federal do Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, 2002.

18 VIANNA, op. cit, p. 94

19 Idem

material investigado requeria. Assim os Grupos de Apoio à Adoção (GAA) surgiram como ponte entre a pesquisadora e aqueles que se desejava encontrar.

Segundo dados de trabalho de campo, estes Grupos podem atuar em parceria com as *Varas de Infância e Juventude e do Idoso* ou autonomamente com o propósito de auxiliar aqueles que já adotaram ou aos que têm o desejo de fazê-lo nas questões pertinentes ao assunto. Estes são considerados por seus componentes e por integrantes do meio jurídico como promotores da "nova cultura da adoção", que significa o estímulo à filiação de crianças acima de cinco anos, de grupos de irmãos e de meninos e meninas negros. São também divulgadores da prática das "adoções necessárias", àquelas que cumprem dever solidário de fornecer um lar para "portadores de necessidades especiais" ou para os que têm doenças não curáveis[20].

No decorrer das entrevistas e conversas informais com integrantes do campo do direito, estes ressaltavam a importância dos GAA. A princípio, estes não foram trabalhados por não se tratar do "foco" desejado. Posteriormente, por meio de folhetos informativos, chegou-se aos coordenadores dos Grupos. Os encontros transformaram-se em entrevistas e uma "senha" para a entrada em um novo cenário da pesquisa, os GAA. Neste ínterim, foram feitas quatro entrevistas formais com coordenadores e outras cinco com pais adotivos e "postulantes".

Atualmente, no município do Rio de Janeiro, existem seis Grupos de Apoio à Adoção*: Adoçando Vidas - um projeto de amor; Rosa da Adoção; Café com Adoção; Ana Gonzaga I e II e Flor de Maio.* Desde agosto de 2009, frequentou-se as reuniões, inicialmente inseridas pelas coordenadoras que, em resposta às solicitações, apresentavam a pesquisadora aos frequentadores. Já nos primeiros encontros, os GAA foram percebidos

20 São assim considerados, segundo informações de campo por se distanciarem do "perfil" idealizado por "postulantes" ficando, por esta razão, fadados ao esquecimento "em instituições de acolhimento".

como “objetos privilegiados”. Chamou atenção o lugar que vem adquirindo tanto no cenário nacional, quanto no municipal no que tange ao “ensinamento” sobre os caminhos legais e a paralela roupagem solidária que fornecem ao tema em questão. Acreditou-se, portanto, que seria relevante a “interpretação[21]” das diferentes “leituras” sobre o assunto, produzidas no seio dos Grupos, para entender se influenciam ou não as razões dos que buscam a adoção. Ampliou-se o campo e partiu-se para a pesquisa etnográfica, procurando apreender as estruturas de significação que sustentam o tema assim como as tensões, ambiguidades, as indeterminações que circulam nos GAA quando são formulados os sentidos da adoção.

3. Os “sujeitos de direito” e a questão da adoção

Antes da descrição dos dados quantitativos dos processos, de forma semelhante ao que fez Abreu[22], será abordada a história social das legislações sobre adoção. Procura-se, por meio desta, analisar as transformações acerca do valor simbólico atribuído aos infantes e jovens. Em etapa posterior abordar-se-á o fluxo processual e os atores que compõem os cenários da adoção nos dias atuais.

3.1. Adoção: um cenário legal

De acordo com Abreu[23], até o ano de 1979, momento da entrada em vigência do segundo Código de Menores, a única legislação que regulava a adoção era o Código Civil de 1916, por meio

21 GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas.* Rio de Janeiro: Ed Guanabara, 1989.

22 ABREU, Domingos. *No bico da cegonha: histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

23 ABREU, op. cit, p. 24.

dos artigos 368 a 378. Naquela época, esta forma de filiação era compreendida como sendo do âmbito do direito privado. Por isso, era pensada como fenômeno que não dizia respeito aos interesses do Estado Nacional.

Com a promulgação da Lei 3.071 do Código Civil de 1916, a adoção passou a ser restrita aos maiores de cinquenta anos sem filhos, e pelo menos dezoito anos mais velhos que o adotando. Quando duas pessoas desejassem realizar a adoção, só poderiam fazê-lo se fossem casadas. Além disso, precisavam do consentimento do responsável legal da criança. A colocação em "famílias substitutas" era feita por escritura pública com a possibilidade de dissolução e, quando o adotando entrasse na maioridade, poderia desligar-se dessa família. Já os "genitores" não perdiam os direitos e deveres e relação à sua prole, apenas eram destituídos do "pátrio poder". Além disso, no âmbito da nova família, estava prevista uma distinção entre "filhos naturais" e "adotivos" em termos de partilha de bens.

Na vigência deste Código, (cf. Abreu[24]) prioridade fundamental não era a proteção de crianças e adolescentes com a garantia ao "direito à convivência familiar", tal como pensado após a Promulgação da Constituição Federal de 1988, mas sim o favorecimento da família e de sua linhagem. Adoção era realizada para encontrar *uma criança para uma família e não uma família para uma criança,* uma vez que só poderiam adotar os que não tivessem filhos, resguardando assim a sucessão para idosos sem herdeiros.

Mesmo com a criação, em 1927, do primeiro Código de Menores, produto de uma nova ordenação da infância no Brasil que visava a vigilância, a regulamentação e a intervenção direta sobre a parcela pobre da população brasileira da época[25], não houve modificações na prática da adoção. Foi somente no ano de 1957, com a Lei nº 3.133, que foram feitas alterações no Código

---

24 ABREU, op. cit, p. 24.

25 RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed PUC, 2004, p. 29

Civil no que toca ao tema. A idade mínima para adotar foi reduzida para trinta anos e a diferença entre adotantes e adotados diminui para dezesseis anos. Segundo Abreu[26], apesar de alguns autores terem interpretado esta alteração como iniciativa para otimizar a filiação de "crianças desamparadas", o objetivo continuou sendo o de facilitar a entrada de infantes em lares de casais sem filhos. Além da modificação citada, foi abolida a restrição de que para adotar seria necessário não ter filhos. Determinou-se a necessidade de o casal adotante ter, pelo menos, cinco anos de enlace matrimonial. Manteve-se que a adoção poderia ser dissolvida por meio de consentimento da "partes" quando a adotando chegasse na maioridade. Nesse período, esta modalidade de filiação continuava a ocorrer sem a interferência do Estado, através de um rito cartorial no qual "genitores" e "postulantes" faziam um contrato sobre a doação da criança ou adolescente.

De acordo com Abreu[27], oito anos depois, através da Lei 4.655, entra em vigor uma legislação *protetiva* permitindo a filiação de crianças de até sete anos em "situação irregular" (pobres ou que estivessem fora da alçada da família biológica). Segundo Dutra de Paiva [28], a importante inovação da época foi a introdução da "legitimação adotiva", prática que igualava, em termos de direitos os filhos biológicos e os adotivos - exceto em casos de sucessão - e determinava a irrevogabilidade do ato. Porém, a impossibilidade de reverter a condição de adotado restringia-se àquelas crianças em "situação irregular" (abandonadas ou vítimas de sua condição de pobreza e miséria). Até o final da década de 1970, permaneceria, assim, a prática e a concepção de adoção voltada para a manutenção da família. Não era vislumbrada a possibilidade de esta adoção acontecer para a efetivação

26 ABREU, op.cit, p. 25.

27 ABREU, idem.

28 DUTRA DE PAIVA, Leila. *Adoção: significados e possibilidades.* São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004, p. 45.

do direito de crianças e adolescentes a um lar, tal como pensado nos dias atuais.

Com o Novo Código de Menores, em 1979, o universo jurídico apresenta uma distinta concepção de infância. Entende-se, a partir de então, esta como uma fase da vida que precisa ser cuidada e gerida pelo Estado brasileiro. Desta forma, a "menoridade" é tornada objeto do direito público. Por influência dos movimentos internacionais em respeito à criança e ao adolescente, o antigo Código de Menores foi modificado. Entretanto, as concepções de discriminação da parcela "pobre" ainda persistiam e a avaliação sobre as condições econômicas e sociais dos pais propiciavam o argumento jurídico necessário para que ocorresse a intervenção estatal, como o abrigamento compulsório ou a colocação em "famílias substitutas". Sendo assim, os "menores em situação irregular" [29] permaneciam alvo de políticas públicas do Estado.

No que toca ao tema em tela, segundo Weber[30] houve neste período a substituição da "legitimação adotiva" pela "adoção plena". De acordo com Abreu[31], o Código de 1917 não eliminava os laços biológicos entre o adotado e sua família de origem, apenas adicionava novas relações de parentesco através da entrada em novo universo familiar, denominada "adoção simples". Ocorreu, no entanto, após o Código de 1979, a possibilidade de alteração deste arranjo de parentesco. Institui-se a possibilidade da "adoção plena", que atribuía vinculação total à nova família rompendo os elos com o núcleo consanguíneo. Neste contexto, no entanto, não houve a substituição de um procedimento por outro, mas antes, eles coexistiram. Desta forma, era possível

29 SCHUCH, Patrice. *Práticas de Justiça: antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA.* Porto Alegre: Editora da UFRGS. 2009, p. 121.

30 WEBER, Lidia. *Pais e filhos por adoção no Brasil.* Curitiba: Juruá, 2005.

31 ABREU, op. cit, p. 26.

que uma adoção ocorresse de forma irrevogável ou que fosse feita como contrato firmado em cartório entre as "partes".

Nos anos de 1980, o segundo Código de Menores sofreu críticas em função de sua obscuridade jurídica a respeito dos motivos que levavam a internação de "menores". Em paralelo, no cenário internacional, eram confeccionadas diretrizes voltadas às ações dos Estados para com a infância e juventude, como as regras de Beijing (1985) e as Diretrizes de Riad (1988) que deram suporte à Convenção sobre os Direitos da Criança, firmada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, influenciada por ideias explícitas da Convenção de Genebra (1924) e da Declaração dos Direitos das Crianças (1959) [32]. Essas orientações ofereceram um novo contorno nacional para a elaboração de normas referentes à proteção à infância e à juventude cujo marco maior foi o advento da Constituição da República de 1988. Por influencia da "doutrina da proteção integral" estabelecida pela Organização das Nações Unidas (ONU), a Constituição Federal revogou o Código de Menores de 1979 e, por meio de seu artigo 227, referendou a crescente visão da época de que crianças e adolescentes eram "sujeitos de direitos" [33] e não objetos do direito em razão de uma suposta "situação irregular".

A "doutrina da proteção integral" adotada pela Constituição Federal de 1988 é incorporada à Lei 8.069 de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA. Este, produto das inúmeras discussões ocorridas nos anos de 1980 frente à abertura democrática do país, garantiu a igualdade de direitos

---

32 SCHUCH, P. (2009). *Práticas de Justiça: antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009, p. 124.

33 Segundo Schuch, "a construção da criança e do adolescente como 'sujeitos de direitos' é, portanto, resultado de processos amplos e diversos – de tecnologias de poder e de saber, nos termos foucaultianos – que implicam não só o idioma dos "direitos" formais, mas um conjunto de valores sobre família, autoridade, classe, segurança e harmonia social, os quais acabam constituindo crianças e adolescentes como sujeitos particulares, ao mesmo tempo em que autoridades para a sua administração." SCHUCH, op. cit, p.124.

a todas as crianças e adolescentes, descriminalizando-as e inserindo-as num *locus* de cuidado e proteção próprio da sua condição de "sujeitos em desenvolvimento". No que diz respeito ao tema da adoção, esta Lei revogou as anteriores, passando o tema a ser previsto somente por meio do ECA[34].

Segundo Dutra de Paiva[35], as principais alterações trazidas por este Estatuto a respeito da adoção são: a redução da idade mínima do adotante para vinte e um anos; o fim da necessidade de que este seja casado; a restrição de que esta filiação possa ser feita por avós ou por irmãos; a possibilidade de que cônjuges ou parceiros amorosos adotem filhos de seus companheiros ("adoção unilateral"); a viabilidade de um "postulante", mesmo após falecimento, vir a filiar crianças ou adolescentes através da adoção, desde que comprovado o manifesto desejo no curso de um processo desta natureza; a regulamentação da adoção internacional; o fim das restrições em relação aos direitos sucessórios; a irrevogabilidade da adoção e a integralidade quanto à transferência do "poder familiar" do núcleo de origem para o substituto; por fim, a igualdade, em termos legais, entre filhos "naturais e adotivos".

No ano de 2009, houve outra alteração no plano legal que diz respeito à adoção através da promulgação da Lei 12010/09[36], que segundo seu art 1º:

---

34 Segundo Abreu, a alteração de grande relevância foi o fato de não ser mais a pobreza razão para infantes e jovens serem conduzidos às famílias substitutas. Sendo assim, após o ECA, a perda de "poder familiar" não pode estar fundamentada na "situação irregular" de meninos e meninas em razão da impossibilidade de pais manterem a subsistência de seus filhos.

35 DUTRA DE PAIVA, op.cit.p, 46.

36 Esta dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943.

> **Art. 1o** Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

A referida Lei foi elaborada com o intuito de garantir o convívio de criança e adolescentes em seus núcleos familiares de origem. Esgotadas as possibilidades de reintegração, ou seja, frente à impossibilidade de permanência na "família natural", contempla-se que sejam colocados sob adoção, tutela ou guarda, de acordo com o art1. § 2, observadas as regras e princípios contidos no ECA. Caso sejam encaminhadas às "famílias substitutas" entende-se ser esta uma medida excepcional e irrevogável, vedada a possibilidade de ser feita por procuração.

3.2. Descrição analítica do fluxo processual da adoção no município do Rio de Janeiro e o lugar dos Grupos de Apoio à Adoção

Segundo a legislação atual, Lei 12010/2009, que altera a Lei 8069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, a "habilitação" [37] deve preceder o processo de adoção. Segundo o Promotor de Justiça e fundador do "Grupo de Apoio à Adoção Quintal de Ana" [38], tal procedimento

> (permite) a verificação das condições objetivas e subjetivas dos postulantes, a probabilidade de sucesso de uma paternidade socioafetiva e sua compatibilidade com o perfil da

37 Este documento é composto por informações sobre os "postulantes", dados sobre a criança ou adolescente pretendido, relatórios psicossociais, ofícios do Ministério Público e sentença do Juiz.

38 Este Grupo é considerado pelos integrantes do campo como referência de atuação. Este não foi trabalhado pelo fato de estar sediado em Niterói e esta pesquisa estar circunscrita ao município do Rio de Janeiro.

> criança desejada. (...). Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, com dois objetivos: averiguar se os postulantes serão pais adequados para a criança ou adolescente e prepará-los para a compreensão das peculiaridades da paternidade adotiva, possibilitando opções mais adequadas, como a ampliação do perfil da criança desejada, para contemplar, se possível, aquelas que mais precisam de família.[39]

Até o ano de 2008, não havia uma padronização no que tange à utilização deste procedimento como etapa prévia à filiação adotiva. Após a promulgação da referida Lei - de acordo com os artigos 197; 197-B; 197-C; 197-D; 197-E -, ficou determinado que os "postulantes" à adoção, domiciliados no Brasil, devem ingressar junto às *Varas de infância Juventude e do Idoso,* como "petição inicial" [40] encaminhada à equipe técnica (psicólogos e assistentes sociais) responsável pela condução daqueles em programas obrigatórios de "capacitação à paternidade adotiva" [41].

Segundo Bittencourt, a participação nestes programas - produtos também de políticas municipais de garantia do direito à convivência familiar - visa propiciar a preparação psicológica e o estímulo às "adoções necessárias". Além disso, capacitar para o exercício da paternidade adotiva e ampliar o horizonte para que

---

39 BITTENCOURT, Sávio. *A nova Lei de Adoção.* Do abandono à Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p.127.

40 Esta petição será encaminhada ao setor coordenado pelo corpo técnico da *Var*a constando "dados familiares, certidões de nascimento e casamento, CPF, comprovante de renda, atestado de sanidade física e mental, certidão de antecedentes criminais, certidão negativa de distribuição cível". Em caso de petição feita por um casal, basta a presença de apenas um dos parceiros desde que todos os documentos estejam duplamente assinados e atestados.

41 Segundo os artigos acima citados da Lei 12010/09, no curso do processo competirá à equipe técnica "aferir a capacidade e o preparo do postulante para o exercício de uma paternidade responsável" e aos "postulantes", assistir aos programas de apoio técnico oferecidos pela Justiça de Infância e da Juventude.

possam desejar crianças negras, adolescentes, portadores de necessidades específicas de saúde e grupos de irmãos [42].

Em função desta prescrição legal, estão sendo firmadas parcerias entre o Poder Judiciário e os GAA na cidade do Rio de Janeiro. Na *VIJI* da Comarca da Capital, por exemplo, tornou-se obrigatória a participação em três encontros, antes de iniciar a "habilitação". Na *1 º VIJI*, regional de Madureira, a participação é obrigatória, mas pode acontecer no decorrer desse procedimento. Já na 2º *VIJI,* regional de Santa Cruz, antes da avaliação da equipe técnica e da visita domiciliar, o "postulante" deve passar por uma entrevista inicial e participar de quatro encontros em grupo, organizados também pela mesma equipe técnica, dentro dos quais, ao menos uma participação deve ter ocorrido em reunião com depoimento de quem já tenha passado pela experiência da adoção. Apesar de na 2 º *VIJI* ser a participação em GAA etapa necessária, tanto a Juíza Titular quanto a equipe técnica ressaltam a importância da inserção dos requerentes em GAA.

Retornando aos procedimentos previstos na Lei 12010, para obtenção de um certificado de "habilitação" em adoção é necessária, como já dito, a participação em programas de preparação à paternidade adotiva. Documentada a etapa, esta deverá constar nos "autos" juntamente com o relatório psicossocial. Em posse destes o Juiz dará cinco dias de vistas ao Ministério Público. Após este período, ele terá o mesmo tempo para proferir sua decisão que tem natureza jurídica de sentença. E, por fim, segundo o Art. 197-E.

> deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros (estaduais e nacional) referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

---

42 BITENCOURT, op.cit, p. 218.

Mesmo antes da Lei 12010/09, de acordo com o art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), era prevista a obrigatoriedade da inscrição de "habilitados à adoção" em cadastros locais e nacionais sem, entretanto, existir uma padronização nacional para tal procedimento[43]. A modificação foi efetuada, em 2008, com a criação do *Cadastro Nacional de Adoção (CNA)*, ferramenta construída, de acordo com a visão do campo pesquisado, para otimizar procedimentos tornando indivíduos aptos a adotarem em qualquer comarca. Desenvolvido pelo *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)* com o intuito de cruzar dados sobre crianças e adolescentes aptos a serem adotados e sobre o perfil desejado pelos "postulantes", foi elaborado com a proposta de tornar mais célere um processo de adoção.

Desta forma, feita a "habilitação" e cruzando-se - via Poder Judiciário[44]- dados do *CNA* é possível iniciar o procedimento jurídico que transfere os direitos dos "pais biológicos" a uma "família substituta" [45]. Entretanto, este não é o único caminho. Uma filiação pode acontecer por via da "adoção pronta". Esta modalidade conhecida entre os juristas de *intuitu personae*, segundo Abreu, "é uma prática que existe entre os brasileiros que trata da situação em que um cidadão ou dois, de posse de uma

---

43 Segundo Bittencourt "estes cadastros seguem o princípio da isonomia, usando a ordem cronológica de inscrição para definir a prevalência de um inscrito sobre os demais, quando interessados no mesmo perfil de criança". BITTENCOURT,op. cit. p. 130.

44 Segundo o guia do usuário, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, "1.4. O Cadastro Nacional de Adoção estabelece originalmente como critério de preferência a data da sentença de habilitação. Contudo, fica assegurada ao juiz a liberdade para, dentre os habilitados, escolher aquele que, na sua concepção, for o mais indicado para o caso concreto (p.4)".

45 Considerado, segundo art. 39, parágrafo 1º, da Lei 12010/09 como "(..) medida excepcional e irrevogável, a qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei".

criança que lhe foi entregue pelos pais biológicos vai ao Judiciário e solicita que seja iniciado um processo de adoção" [46] .

Podem ser abertos, ainda, por uma pessoa ou casal que, tendo a "guarda de fato" de crianças ou adolescentes - em função de laços de amizade, de elos locais de solidariedade e de relações de parentesco - deseja legalizar a situação fática. E por fim, é possível que sejam iniciados como produto de um novo arranjo familiar em duas situações: em primeiro lugar, quando uma nova família começa com a mãe, sua prole e seu parceiro; em segundo lugar, quando outro núcleo conjugal se constitui por meio do pai, sua prole e sua nova parceira. Dessas reestruturações familiares, pode originar a demanda pela adoção de crianças tanto pelo parceiro da mãe quanto pela companheira do pai. A esta modalidade é dado o nome de "adoção unilateral". Em todos estes casos, salvo nas "adoções prontas" e nas situações de "pais desconhecidos", é necessário que genitores tenham perdido o "poder familiar", sendo do Ministério Público[47] a responsabilidade pela propositura desta "ação", conhecida como DPF (destituição do poder familiar).

3.3. Caminhos da adoção, seus personagens

A autoridade judiciária responsável por decidir sobre a "colocação em família substituta" é o Juiz da *Vara de Infância Juventude e do Idoso*, que segundo a Lei 12010/1009, tem por função avaliar a cada seis meses os abrigados com fins de analisar perspectiva de "reintegração à família de origem" ou encaminhamento para a adoção. É da competência deste também a alimentação do *Cadastro Nacional de Adoção,* de um cadastro estadual, bem como o da própria comarca.

46 ABREU, Domingos. *No bico da cegonha*: Histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002, p. 30.

47 O MP é regulado, neste tipo de ação, pelos artigos 155 a 163 do ECA .

O órgão do Poder Judiciário responsável pela condução dos processos de adoções são as *Vara de Infância Juventude e do Idoso*. Como exposto, no município possuem três. Cada uma delas tem, além dos magistrados titulares e substitutos, uma equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, composta por psicólogos e assistentes sociais concursados responsáveis por produzir reuniões informativas sobre a adoção, cursos sobre paternidade socioafetiva, controle sobre a frequência dos "postulantes" nos Grupos de Apoio à Adoção, além da produção de estudo social e psicológico sobre crianças e adolescentes, sobre "genitores" e "postulantes", realização de visitas domiciliares e confecção de relatório psicossocial, de valor relevante na produção do convencimento do Juiz acerca do deferimento ou não da "habilitação" e da adoção.

Além dos membros internos do Poder Judiciário os Promotores de Infância e Juventude do Estado do Rio de Janeiro atuam na condução de um processo de "colocação em família substituta".

Após a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, o Ministério Público, na área da infância e juventude, foi indicado nesta Carta como operador de um novo sistema de proteção à criança e ao adolescente, juntamente com o Poder Judiciário e os Conselhos do Direito da Criança e do Adolescente. Passou, assim, segundo a visão interna ao universo analisado, a ter por função garantir o lugar de infantes e jovens como "sujeitos de direitos". Nesta linha de atuação, tornou-se responsável por garantir o cumprimento das normas da (CF), e do ECA. Dentre suas atuações, destacam-se a promoção dos direitos à vida, à saúde, à educação, à convivência familiar e comunitária e a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro integra também o corpo de atores que conduzem os caminhos da adoção. Esta é uma instituição estatal, em conformidade com o art. 134 da CF, criada para garantir o dever do Estado de prestar

assistência jurídica gratuita à população de baixo poder aquisitivo. No que toca a questão em pauta os Defensores Públicos atuam como procuradores dos "postulantes" ou dos "genitores".

De forma peculiar, na capital fluminense existe um órgão integrado à Defensoria Pública, denominado CDEDICA (Coordenação de Defesa de Direitos da Criança e do Adolescente), que segundo seus membros, desempenha a função de "curador especial" de infantes e jovens.

Segundo história nativa, foi em 2001 que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro criou na capital o *Núcleo de Atendimento Jurídico Especializado* em atender adolescentes sob custódia do *Departamento Geral de Ações Sócio-Educativas* (DEGASE). Foi esta experiência que, segundo o CDEDICA, "trouxe a certeza da necessidade de implantação de uma política de atendimento exclusiva às crianças e adolescentes de forma a reduzir índices de violência e abandono" (s.p). Tal projeto foi suspenso e retomado em 2007 com o intuito de disponibilizar Defensores Públicos para atuar na área de acolhimento institucional de crianças e adolescentes, facilitando aos "pais biológicos hipossuficientes o acesso à justiça", além de prestar assistência jurídica aos abrigados.

Além dos atores descritos anteriormente, destacam-se os Grupos de Apoio à Adoção. Segundo informações coletadas em campo, são entidades criadas com a função de promover "trocas de experiências" entre pais adotivos e pretendentes à adoção. No entanto, segundo o espaço virtual de divulgação de ideias e práticas da 2º *VIJ*, de Santa Cruz[48], os GAA têm por proposta propagar uma "nova cultura da adoção", sensibilizando a sociedade para a questão das crianças e adolescentes institucionalizados que se encontram privadas da convivência familiar.

48 HTTP://2vriji.blogspot.com/2008/01/o_que_02.html.

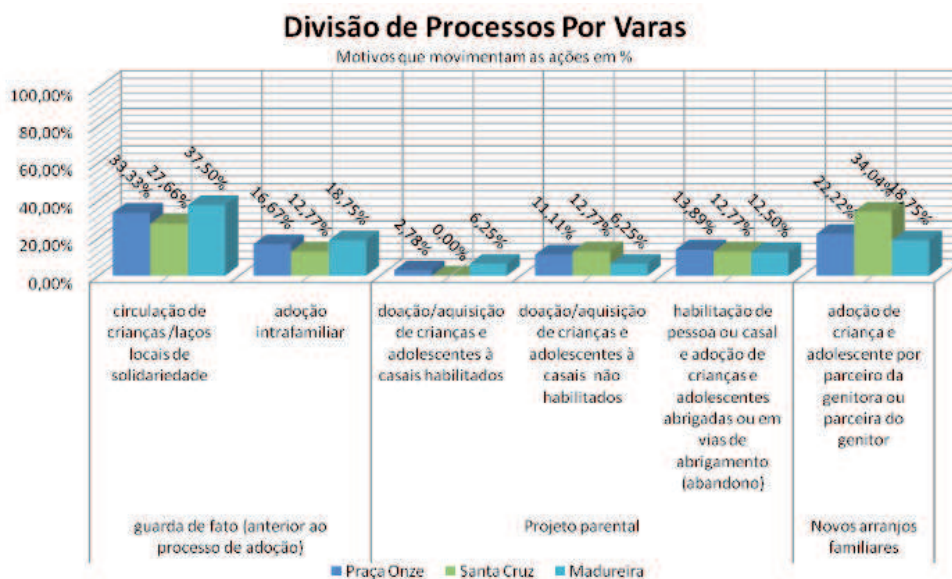
4. Uma prévia descrição dos processos em adoção

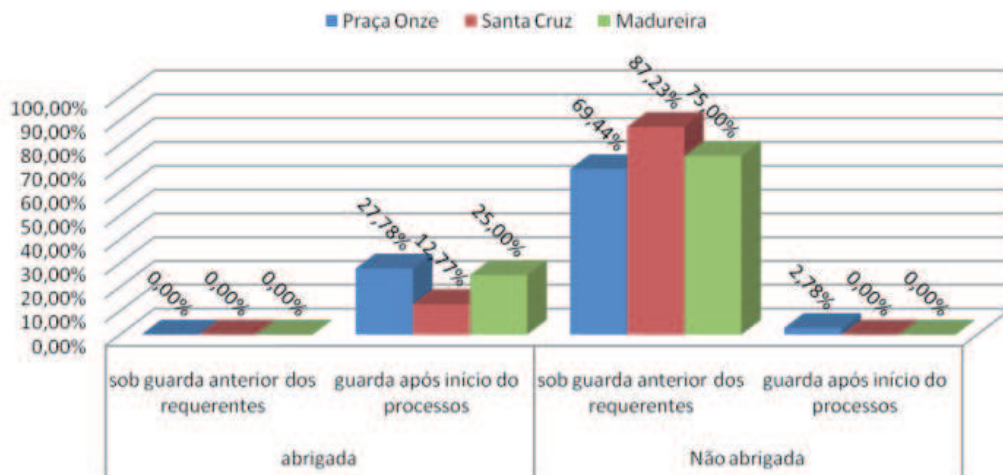
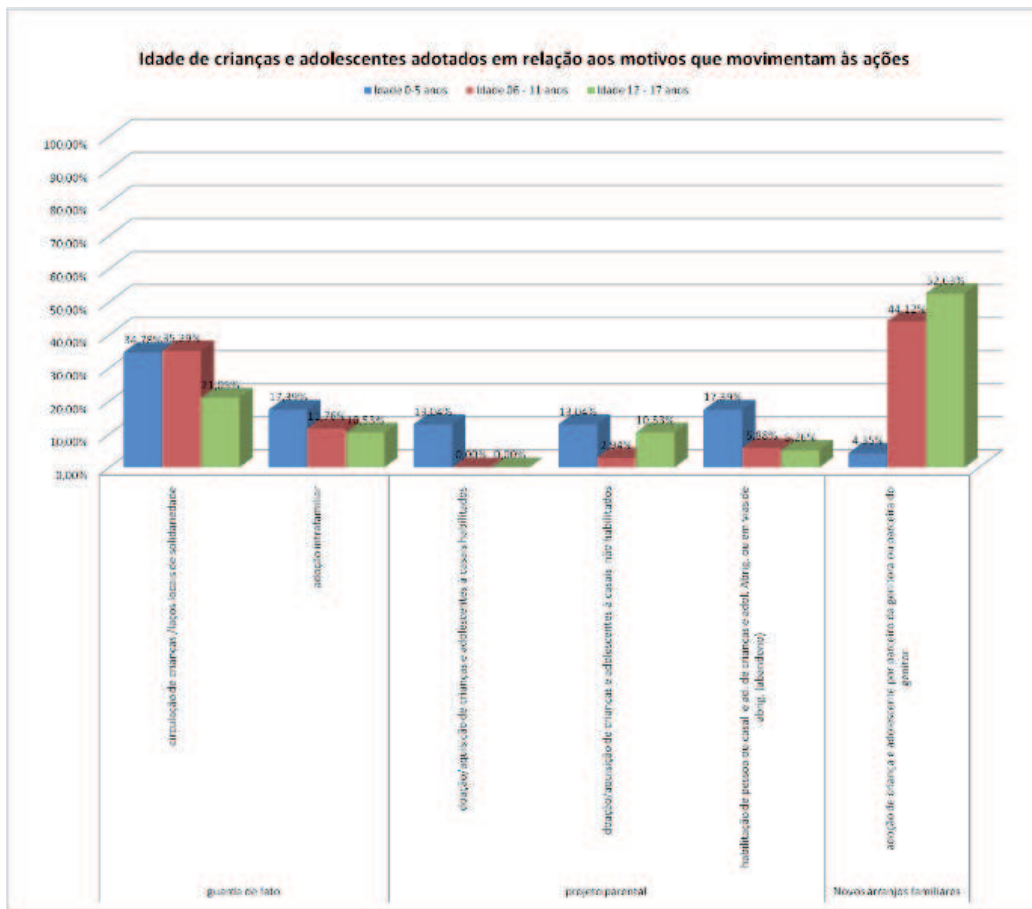
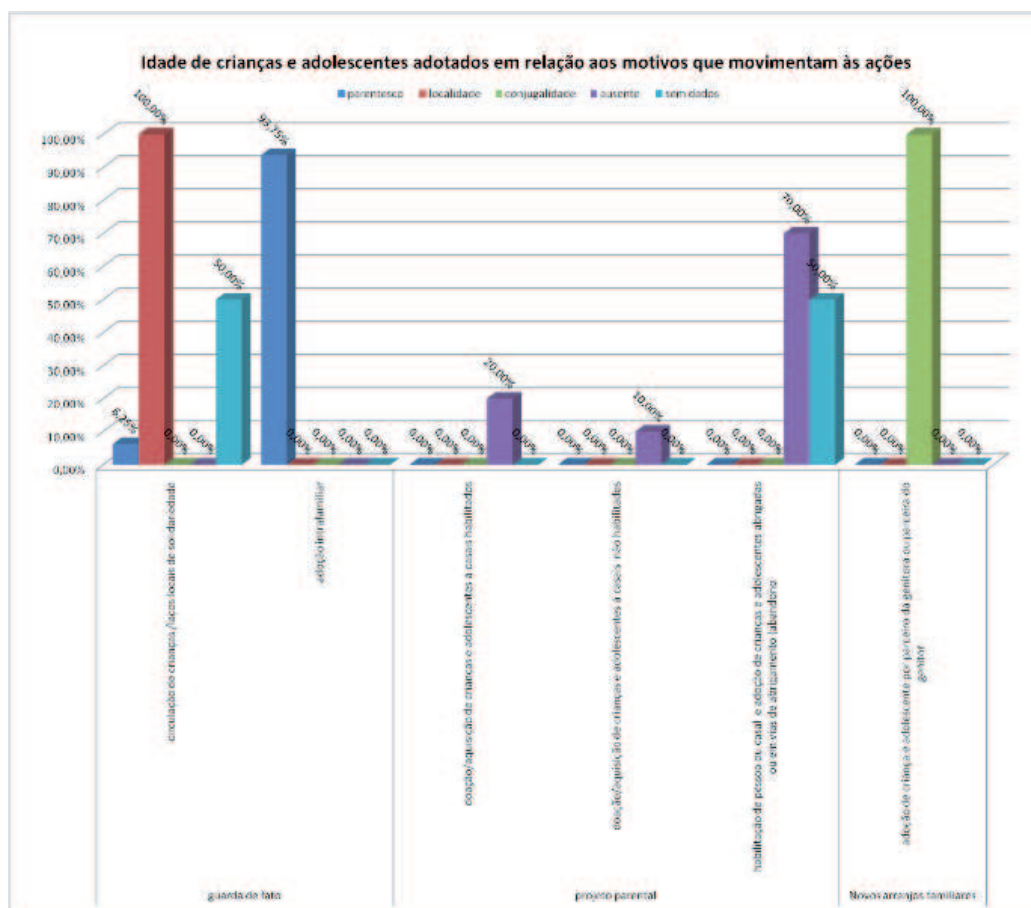
Como dito anteriormente, os processos pesquisados foram coletados nos arquivos e nos cartórios das *Varas de Infância Juventude e do Idoso* da comarca do Rio de Janeiro. Deste número total de 99 processos, 16,33% são da *1º Vara da Infância da Juventude e do Idoso (1ºVIJI)*, regional de Madureira; *47,34% são da 2º Vara da Infância da Juventude e do Idoso (2ºVIJI)* regional de Santa Cruz e 36, 33 % são da *Vara da Infância Juventude e do Idoso da Comarca da Capital (VIJI)*.

Esta distribuição dos dados por *Varas* faz com que a amostra tenha uma peculiaridade no que diz respeito ao perfil socioeconômico dos envolvidos nos processos. No que tange aos que pleitearam a adoção de crianças e adolescentes, pode-se afirmar que são predominantemente oriundos das classes populares. Isso se deve ao fato de os documentos pesquisados serem, em grande parte, relativos às regiões administrativas que correspondem às áreas ocupadas por uma população de baixa renda.

A partir da amostra analisada, pôde ser observado que de um total de 99 documentos, 46,46% são ações movidas por pessoas que procuraram o Poder Judiciário como uma criança ou adolescente que já estava sob “guarda” (muitas vezes irregular). Deste subtotal, 31, 31% foram entregues pelos pais biológicos ou por uma “rede local” de *circulação de crianças* aos “postulantes”, prática comum entre as classes populares, discutida por alguns trabalhos pioneiros no assunto[49]. Os outros 15% foram abertos por parentes por já se encontrarem com os adotandos sob os seus cuidados.

---

49 Ver: FONSECA, Claudia. *Os caminhos da adoção.* São Paulo: Cortes, 1995; ABREU, Domingos. *No bico da cegonha*: Histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

Da amostra mais ampla, 26,6 % são produto de um projeto parental, ou seja, são ações movidas por indivíduos em função do desejo de constituírem uma família por meio de uma prole. Dentre este subtotal, 2,2 % dizem respeito a "adoções prontas" iniciadas por "não habilitados" e 11,11% se referem a "adoções prontas" feitas por "habilitados"; 13,13% são as movidas por "habilitados" com o intuito de filiarem "abrigados" aptos a serem adotados (aqueles que têm pais desconhecidos ou o "poder familiar" suspenso. Por fim, 27,27 % dizem respeito às "adoções unilaterais", ou seja, iniciativas de pessoas que optaram por adotar os filhos de seus respectivos companheiros amorosos.

No que diz respeito aos adotados, pode-se afirmar que, da amostra total, apenas 20% estavam abrigadas e foram encaminhadas para "famílias substitutas". O restante estava sob guarda dos que os filiaram.

E quem são os adotados? Em sua maioria 46,46% correspondem a crianças de 0 a 5 anos; 34,34% estão entre a faixa etária de 6 a 11 anos; 19,19% são de adolescentes entre 12 a 17 anos. Nas ações provenientes das "guardas de fato", os padrões se repetem, assim como nas movidas em função de um projeto parental. No caso das "adoções unilaterais", há uma alteração. O predomínio é de meninos (as) entre 6 a 11 anos; em segundo lugar está a faixa etária entre 12 e 17 anos; por último as crianças de 0 a 5 anos. Pode-se supor que alternância de padrão se deva ao contexto familiar do qual ela se origina. Como dito, adoções dessa ordem são produzidas no seio de um novo arranjo familiar dentro do qual pode gerar a demanda pela filiação de crianças e adolescentes tanto por parte do parceiro da mãe, quanto pela companheira do pai. Pode-se concluir que, em função disso, a idade destas crianças adotadas seja mais avançada.

Os dados apresentados anteriormente possibilitam algumas reflexões. Como já debatido, existe, entre os "postulantes", a prática recorrente de ingressarem com uma ação para adotar menores de 5 anos. É possível inferir que tal escolha se deva não apenas ao desejo de assemelhar a adoção a uma paternidade/maternidade biológica, mas que essa também surja como "medida de segurança" [50]. Ao ser feita esta opção, pode-se supor que os "postulantes" partem da crença de que os "bons" candidatos à adoção são aqueles que permaneceram menos tempo em instituições de abrigo ou em "lugares perigosos". Por isso, têm menos

50 SCHUCH, Patrice. *Práticas de justiça: Antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA*. Porto Alegre: ED UFRGS, 2009

chance de se tornarem ameaça futura em seu novo contexto familiar. Desta forma, os "postulantes" estariam buscando seus filhos adotivos baseados na representação de que, quanto mais tempo tivessem convivido em locais "poluentes", mais chance teriam de se transformarem no "mal" representado simbolicamente na figura do "menor" [51].

É possível estabelecer nexos interpretativos correlacionando os dados acima com a atuação dos Grupos de Apoio à Adoção na capital fluminense. Parte-se do pressuposto de que, por compartilharem de informações sobre as visões expostas e por entenderem-nas como danosas para o destino de crianças e jovens aptos a serem adotados, estes Grupos trabalham com o intuito de alterá-los. Desta forma, é possível compreender o porquê de os GAA se arrogarem o lugar de "promotores da nova cultura da adoção".

Crê-se que, com o intuito de transformar estas representações sociais, em suas reuniões abordam não só informação jurídica e apoio emocional sobre o tema em tela, mas também maneiras de ampliar a visão, os significados e as possibilidades de uma adoção. Esta ampliação é facilitada através dos debates ou dinâmicas que ocorrem após as palestras, cuja função é a reflexão sobre o tema apresentado. Segundo outra coordenadora entrevistada,

> o nosso trabalho principalmente visa alterar o perfil e conscientizar as pessoas que as crianças disponíveis para adoção não se encontram no perfil ideal nós temos de crianças disponibilizadas a adotar nos abrigos não é o **perfil ideal**. Então, nós mostramos que há vários grupos de irmãos, além

51 Segundo SCHUCH, 2009 "A passagem do tempo 'revela' o perigo escondido na infância - sendo o revelar representativo do encontro de duas lógicas em ação: a lógica do contágio e a lógica da imanência do mal no 'menor'". SCHUCH, op.cit, p. 136. Ver também: VIANNA, Adriana de Rezende B. *O mal que se adivinha: Polícia e Menoridade no Rio de Janeiro: 1910/1920.* Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1999.

> de haver adolescentes. Mostramos adoções maravilhosas de adolescentes, de crianças especiais, de grupos de irmãos, sem tirar o sonho de alguém de ter o recém nascido.

Retornando ao material, pode-se perceber que em termos de tempo de duração, 22,45% duram menos de um ano; 63,27% transitaram entre um e três anos e 14,27% duraram mais que três anos. Se olharmos o tempo de duração nas três *Varas* separadamente, o padrão pesquisado se repete.

Tais dados devem ser interpretados levando-se em conta os motivos que movimentam os processos. Como visto muitas vezes estes vem homologar juridicamente uma situação "de fato", o que pode promover uma maior celeridade. Vale ressaltar que, de acordo com a visão de representantes do Ministério Público entrevistados nesta pesquisa, são especificamente as "adoções prontas", decorrentes de "má fé", "desprezo das normas", manifestação do "jeitinho brasileiro", que tornam a Judiciário mais moroso. Segundo visão de parte do MP, os "postulantes", ao ingressarem com uma ação desta ordem, "mentem" sobre a origem da criança/adolescente, "afirmam" que não têm pais e mães. Nestes casos, ao ser averiguado, descobre-se o contrário, fazendo que o "processo tenha de ser iniciado do zero".

5. Considerações em construção

O fato de a pesquisa ser desenvolvida em torno de uma amostra com uma população proveniente das classes populares permite produzir algumas inferências e refutar, em parte, a hipótese central da pesquisa.

Ao serem elaboradas as premissas centrais do projeto de investigação, acreditava-se que uma ação de adoção era movida em função de um imperativo da reprodução. Ou seja, pressupunha-se que "pais adotivos" e "postulantes" buscavam- na como "saída" para um projeto parental "biológico-natural" sem sucesso. A partir do material pesquisado pode-se afirmar que

26,6% do total dos documentos trabalhados diz respeito a um universo de pessoas que buscam a adoção para realizar um projeto "parental". Entretanto, dentre este universo estão presentes tanto pessoas "inférteis" quanto casais com filhos de uniões anteriores que optaram, na união atual pela via adotiva.

A grande maioria 46, 6% é de processos abertos por pessoas ou casais que, com a "guarda de fato" de crianças ou adolescentes - em função de laços de amizade, de elos locais de solidariedade e de relações de parentesco - desejam legalizar a situação fática. Outra parcela significativa 27,27 % diz respeito às "adoções unilaterais".

Sendo assim, mais do que encontrar *uma criança para uma família*, os processos relevam iniciativas e arranjos locais cuja função é fornecer uma *família para uma criança*. A filiação adotiva acontece, em menor grau, para satisfazer a demanda da família ou de indivíduos por filhos e mais para garantir que crianças e adolescentes de classes populares deixadas por suas mães ou responsáveis, em razão da pobreza, em casa de vizinhos, de parentes ou de amigos continuem nestes lares.

Desta forma, a adoção pode ter múltiplos sentidos: ser um ato que consiste na realização de desejo de filiação; dizer respeito a uma estratégia - criada por mães/pais ou responsáveis - de sobrevivência de infantes ou jovens; ser produto de disputas de famílias por uma mesma criança ou adolescente; ser o resultado de um novo arranjo familiar. Frente a isto, questiona-se se, para efetivação dos direitos da criança e do adolescente, o Poder Judiciário está sendo capaz de contemplar as particularidades locais no que toca ao tema. Além disso, os operadores do direito compreendem e aplicam em sua prática os múltiplos sentidos da adoção? Em que medida os Grupos de Apoio à Adoção contribuem para a ampliação destes sentidos? São estas questões que devem ser discutidas e, por isso, ressalta-se a relevância de iniciativas que buscam *etnografar* os meandros da prática sobre o tema no município de forma a ampliar o debate.

Referências bibliográficas

Livros

ABREU, Domingos. *No bico da cegonha*: Histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Difel, 1989.

BITTENCOURT, Sávio. *A nova Lei de Adoção.* Do abandono à Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

CLIFFORD, James. *A experiência etnográfica-Antropologia e Literatura no século XX.* Rio de Janeiro: EdUFRJ, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DUTRA DE PAIVA, Leila. *Adoção: significados e possibilidades.* São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004

FONSECA, Claudia. A certeza que pariu a dúvida: paternidade e DNA. *Revista Estudos Feministas,* Rio de Janeiro, ano/ vol12, n. 002, pp. 13-34,maio- agosto, 2004.

_________________. *Os caminhos da adoção.* São Paulo: Cortes, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais.* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

____________________. *Vigiar e Punir.* Rio de Janeiro:Graal, 1995.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas.* Rio de Janeiro :Ed Guanabara, 1989.

KLEVENHUSEN, Renata Braga. A responsabilidade Intergeracional e o Direito de Conhecer a origem biológica. *JurisPoiesis,* ano 8, n. 7, p.319-333, jan. 2005

LAQUEUR, Thomas. *Inventando o sexo*: corpo e gênero dos gregos a Freud. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001

LUNA, Naara. Natureza humana criada em laboratório: biologização e genetização do parentesco nas novas tecnologias reprodutivas. *História, Ciências, Saúde,* v. 12, nº2, p. 395-417, maio- ago, 2005.

PEREIRA, R.- Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006

RINALDI, Alessandra de Andrade; BARRETO, Neilza. *Diálogos interdisciplinares sobre o censo da população infanto-juvenil abrigada no Estado do Rio de Janeiro. <www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/***MCA***/Censo/.../cap7.pdf>. Acesso em. 18 de julho de 2010.*

RINALDI, Alessandra de Andrade; BARRETO, Neilza. "Em nome do pai:as ações de investigação de paternidade e genetização do parentesco". JurisPoiesis,ano 11,n. 11,jan- dez 2008,p.15-28.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil***.** Rio de Janeiro: Ed PUC, 2004.

SCHUCH, Patrice. *Práticas de justiça:Antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA.* Porto Alegre: ED UFRGS, 2009.

VIANNA, Adriana de Rezende B. *O mal que se adivinha:Polícia e Menoridade no Rio de Janeiro: 1910/1920.* Rio de Janeiro:Arquivo Nacional, 1999.

VIANNA, Adriana de Resende Barreto. *Limites da menoridade: tutela, família e autoridade em julgamento. 350 f.(*Tese de doutoramento). Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Museu Nacional(Universidade Federal do Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, 2002.

WEBER, Lidia. *Pais e filhos por adoção no Brasil.* Curitiba: Juruá, 2005.

Sites

BRASIL. Tribunal de Justiça. 2009. Disponível em<Verhttp://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBBCLE66&LAB=BIBxWEB&AMB=INTER&TRIPA=51%5E2006%5E45&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=2006&TIPO=&ATO=45&START=>. Acesso em 2 de nov. 2009.

BRASIL. Vara de Infância, Juventude e do Idoso. Disponível em<HTTP://2vriji.blogspot.com/2008/01/o_que_02.html> Acesso em 05 de mar. 2010.

Legislações

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCNTE E A LEGISLAÇÃO CORRELATA. Lei nº 8069/90, de 13/07/90 Atualizada e legislação correlata. *Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventudade.* Rio de Janeiro, 2004.207 p.

LEI Nº 12.010, DE 29 DE JULHO DE 2009. Disponível em<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/818490/lei-12010-09>. Acesso em 5 de out. de 2010.

O tratamento do conflito de vizinhança no âmbito do IV JECRIM/RJ. Uma abordagem interdisciplinar

Eva Gertrudes Jonathan[1]
Humberto Dalla Bernardina de Pinho[2]
Lidia Levy [3]
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho[4]

1. Introdução

Os conflitos entre vizinhos vêm caracterizando a vida urbana nas grandes cidades brasileiras, em número cada vez mais crescente. A impossibilidade de reconhecimento e de convívio com a alteridade e a dificuldade de lidar com a diferença são fatores que levam ao crescimento da intolerância, refletindo-se nos inúmeros processos que dão entrada diariamente nos Juizados Especiais Criminais.

A grande maioria deles reflete a exacerbação de emoções diante de fatos avaliados pelos queixosos como uma "invasão de território". As tensões existentes são, basicamente, ocasionadas

1 Psicóloga. Mestre em Psicologia Social. Professora PUC-Rio.

2 Promotor de Justiça junto ao IV JECRIM/RJ. Doutor em Direito. Professor da UERJ e da UNESA.

3 Psicóloga. Doutora em Psicologia. Professora PUC-Rio

4 Juiz de Direito do IV/JECRIM. Doutor em Direito. Coordenador do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da UNESA.

por uma intransigência e uma dificuldade de aceitação da diferença. Injúrias, calúnias, ameaças oferecem-se constantemente para o julgamento do magistrado.

Há um sentimento generalizado, pelo que pudemos observar ao longo de nossa experiência, de que o Poder Judiciário é visto ainda como um "depósito das queixas" e reclamações daqueles que estão descontentes e não sabem como resolver seus problemas. Assim, é mais fácil "despejar" o problema sobre os ombros do Judiciário, delegando responsabilidades. Sem dúvida, a grande maioria dos casos de vizinhança, levados ao JECRIM hoje em dia, poderia ser resolvida de outra forma. Tanto que o percentual de vítimas, ou supostas vítimas, que sequer aparece na audiência preliminar é significativo.

Em alguns casos, o conflito entre os vizinhos é tão intenso que chegamos a registrar, no curso das audiências preliminares, reações agressivas contra os conciliadores e auxiliares de conciliação, isso sem falar nas constantes indelicadezas e gestos mal-educados dirigidos aos funcionários do Poder Judiciário, sobretudo aqueles que lidam diretamente com o atendimento ao público.

O IV Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro é responsável pelo processo e julgamento das infrações consideradas de menor potencial ofensivo praticadas nos bairros mais nobres da cidade, como São Conrado, Gávea, Leblon, Ipanema, Copacabana, Leme, Jardim Botânico, Lagoa e Humaitá, o que inclui algumas comunidades densamente habitadas e, por vezes, violentas, como Rocinha, Vidigal, Pavão, Pavãozinho, Chapéu Mangueira e Tabajaras.

Desde logo, é preciso bem frisar que não chegou ao conhecimento do IV Juizado nenhum conflito de vizinhos que pudesse ser levado à mediação envolvendo as comunidades de baixa renda acima referidas. Este fato, por si só, demandaria outro estudo, também interdisciplinar, que ultrapassa o âmbito do presente artigo. Isto porque, é bem possível que estejamos diante de um caso clássico do que já se chamou no passado de "direito das favelas"; ou seja, as pessoas que moram nessas comunidades não recorrem à jurisdição do Estado, mas sim ao poder dos líderes locais, os quais, não raramente, pertencem ao movimento de venda de substâncias

entorpecentes, e acabam impondo práticas de medo e violência e assumindo diversas funções que pertencem ao Estado. Devemos, ainda, considerar que a grande maioria dos moradores das comunidades sequer tenha conhecimento da existência e funcionamento de um órgão como o JECRIM.

Como dito acima, não temos como abordar essas questões nos apertados limites deste ensaio. Contudo, ficam as idéias para fins de registro e como provocação para um trabalho futuro, até mesmo em virtude das recentes iniciativas de pacificação, já em curso nas comunidades do Pavão, Cantagalo, Chapéu-Mangueira e Tabajaras[5].

Em recente estudo piloto,[6] com 51 sujeitos com processos tramitando no IV JECRIM em decorrência de conflitos entre vizinhos, verificou-se que a maioria dos sujeitos reside em apartamento próprio (62%), não é casada (65%), tem nível superior completo (59,57%), é profissionalmente ativa, não havendo diferença significativa entre sujeitos do sexo masculino e do sexo feminino (56.5% homens e 43.5% mulheres). Foram observados três fatores, freqüentemente presentes em processos destinados a resolver conflitos entre vizinhos, que apontam para a relevância da articulação entre psicologia e direito numa abordagem interdisciplinar: uma reação desproporcional ao fato, uma sociabilidade esgarçada e um autocentramento.

Pretende-se aqui examinar a forma de resolução judicial dos conflitos entre vizinhos que buscam a intervenção do Estado, e avaliar o quanto a instauração e o aperfeiçoamento dos métodos de justiça restaurativa poderão ajudar o Poder Judiciário a ofertar uma prestação jurisdicional de melhor qualidade aos cidadãos.

---

5 Dados de agosto de 2010. Maiores informações sobre as UPP´s (Unidades de Polícia Pacificadora) podem ser obtidas no endereço http://upprj.com/wp/. Acesso em 03 de setembro de 2010.

6 LEVY, Lidia; JONATHAN, Eva Gertrudes; CARVALHO, Luis Gustavo Castanho Grandinetti de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mal-estar contemporâneo e conflitos entre vizinhos*. Artigo ainda não publicado, 2010.

2. Conflitos entre vizinhos: jurisdição criminal?

É sabido que para um JECRIM são encaminhados os casos de menor complexidade, pequenas infrações cuja pena máxima não ultrapassa o patamar de dois anos de prisão. Na verdade, muito raramente há a prisão do autor do fato, já que as penas são preferencialmente substituídas por multa ou prestação de serviços. Tal "limite" de dois anos gera uma presunção, um tanto equivocada, de que aquele crime é de menor potencial ofensivo. Se a pena máxima cominada for maior que dois anos, presume-se que o crime é grave e que, portanto, aquele autor deve ser julgado numa vara criminal, sem direito aos benefícios da Lei nº 9.099/95.

Os conflitos de vizinhança podem implicar dois tipos diferentes de soluções judiciais que revelam graus de seriedade também diferentes:

(1) A realização de obras, a cessação de ruídos, a regularização de vagas de estacionamento, o cumprimento da convenção, o pagamento de indenizações, etc., que implicam uma intervenção da jurisdição cível (varas cíveis ou juizados cíveis) menos grave e menos interventiva;

(2) A punição aos que praticarem crimes ou contravenções penais, como vias de fato, ameaça, lesão corporal, perturbação da tranqüilidade, com a aplicação de uma pena criminal (prisão, multa, penas restritivas de direito, como a prestação de serviços etc.), implicando a intervenção da jurisdição penal (juizados criminais) e uma reação mais severa do ordenamento jurídico.

O que, desde logo, se deve sublinhar é que a intervenção da jurisdição criminal é sempre extraordinária, em todos os casos de conflitos, mormente os de vizinhança, em razão da natureza excepcional e grave do ramo do direito envolvido: o Direito Penal. Este é reservado para os desajustes mais graves e que mais ofendam o senso de civilidade de dada sociedade.

O que se tem percebido, ao contrário, especialmente na área em que a pesquisa foi realizada, é que os vizinhos lançam mão dos instrumentos mais gravosos, como o Direito Penal, para resolver um problema que, no fundo, é comunitário e poderia ser resolvido pela própria comunidade de vizinhos, ou, em casos mais difíceis, pela jurisdição cível. Optam pela solução penal, deixando de esgotar as vias condominiais (reclamação de providências ao síndico ou à assembléia de condôminos que pode, inclusive, aplicar multa ao condômino que infringir a convenção do condomínio) e as vias cíveis.

Essa opção mais gravosa, por si só, já revela certa patologia social que merece ser estudada de modo interdisciplinar. Na verdade, quando se delega ao Judiciário resolver os conflitos pela via criminal, está-se pretendendo, não propriamente a resolução da controvérsia, mas causar um mal, uma dor, uma punição ao vizinho. Não raro o sentimento com que se depara o operador do direito nestas audiências é o de um ódio extremado. Não é, contudo, à Justiça Criminal que se deve recorrer nestes casos.

O Direito Penal visa a tutelar os interesses mais importantes da sociedade. O grau de violação de tais interesses é que legitima a intervenção estatal para acionar a sanção criminal. Por ser mais limitadora de direitos, mais séria, mais grave do que as outras modalidades de sanção, a sanção criminal só deve ser usada em casos extremos, para salvaguardar os interesses mais relevantes da sociedade.

A propósito da necessidade da intervenção penal, escreveu Luis Luisi[7]:

> *"De um lado, necessária se fez uma valoração da relevância do bem, ou seja, sua significação e importância. De outro*

7 LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. *Revista CEJ/Conselho de Justiça Federal,* Centro de Estudos Judiciários, v. 2, n. 4 jan./abr. 1998. Disponível em: http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/138/226

lado, há de ter presentes as variadas formas com que podem ocorrer as lesões a tais bens, selecionando as mais graves. E, dentre essas, as em que necessária se faz a intervenção penal por insuficientes as outras sanções que a ordem jurídica dispõe para uma adequada tutela. O critério básico, portanto, desse processo de escolha, há de guiar-se pelo critério da ultima ratio que, partindo da relevância do bem e da gravidade da lesão ao mesmo, faz com que se torne necessária a intervenção penal.... E sendo a reação penal a ultima ratio, ela não pode ultrapassar na qualidade e na quantidade da sanção ao dano ou perigo causado pelo crime. Há de ser proporcional, ou seja, estrita e evidentemente necessária. Ou, em outros termos: o Direito Penal é fragmentário e proporcional porque somente se justifica a sua tutela quando se verifica a sua estrita necessidade".

Guilherme Camargo Massaú[8] postula que, nesta atualidade de repressão penal máxima, o individualismo como incentivador da violência suscita a inversão do papel principal do Direito Penal, tornando-o a única alternativa de resolução dos conflitos. Ao contrário, dever-se-ia buscar atribuir ao indivíduo e à sociedade a responsabilidade pelo fenômeno da violência, deixando ao Direito Penal uma função de auxílio na redução e resoluções dos conflitos, melhor denominado de Direito Penal Mínimo.

O Direito Penal deveria ser o último mecanismo estatal a entrar em ação para dirimir o conflito, pois, ao atribuir ao Direito problemas que não competem somente a ele resolver, a responsabilidade de sua origem é deslocada e uma possibilidade concreta de busca de solução é dificultada.

Um rápido exemplo mostra algumas das situações paradoxais que vivemos no dia a dia do Juizado. Um sujeito que entra num mercado e furta um pacote de biscoitos é enquadrado no artigo 155

---

8 MASSAÚ, Guilherme Camargo. Individualismo como incentivador da violência e o papel do Direito Penal nesse contexto. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 796, 7 set. 2005. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7249&p=6

do Código Penal e vai ser julgado numa Vara Criminal, pois a pena máxima prevista para este delito é de quatro anos. Um pai ou uma mãe que pratica maus-tratos contra seu filho é enquadrado no artigo 136 do Código Penal, cuja pena é de 2 meses a 2 anos, podendo ainda ser beneficiado por institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo), sendo que o julgamento cabe aos Juizados Especiais Criminais.

É certo que a jurisprudência vem hoje corrigindo de alguma forma essas distorções, com a aplicação, por exemplo, da "teoria do delito-bagatela", segundo a qual não se deve punir o autor que tenha praticado o crime se não houver a mínima repercussão patrimonial para a vítima.

Por outro lado, autores como Luis Guilherme Marques[9] entendem que nem todo conflito formalmente encerrado deixa de existir de forma latente e pode voltar a gerar problemas a qualquer momento. Neste sentido, o autor aponta para a imensa diferença entre solucionar um conflito e diluí-lo. Em sua opinião, a existência de lides é, na maioria das vezes, o reflexo da irritabilidade contumaz ou má-fé de pelo menos uma das partes e que muitos processos são uma mera exteriorização dos descompassos internos de pelo menos um dos litigantes.

Isto o leva a questionar se caberia à Justiça apenas decidir quem está certo e quem está errado nos processos, partindo do fato de que um processo indica uma perturbação da ordem e há uma expectativa de que o juiz a restabeleça. O autor levanta então a seguinte pergunta:

> *"E o que os operadores do Direito têm a ver com essas questões? Isso não deveria ser tratado pelos psicólogos, pedagogos, religiosos etc.? A função do juiz estaria restrita, segundo esses, apenas a apitar o jogo, declarando, ao final, o vencedor... Todavia, já ficou mais do que evidente que uma atuação*

9 MARQUES, Luis Guilherme. A missão do judiciário é diluir conflitos. Disponível em: http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/judiciario/5406-a-missao-do-judiciario-e-diluir-os-conflitos.html

do judiciário nesse nível não tem resolvido as lides, que, pelo contrário, só têm-se multiplicado ao ponto do quase insuportável."

Como já foi visto, busca-se a intervenção do Estado, através da jurisdição penal, na expectativa de assim obter, no contexto de uma lógica binária de certo/errado, de ganha/perde, a re-instauração da ordem. Valorizando o trabalho de conciliação, Marques[10] expõe algumas diferenças sobre a forma de tratar determinados conflitos:

> *"um cidadão que se sente incomodado por um vizinho procura a justiça para solucionar o problema. Se estiver num país onde vigora a teoria de Rudolf von Ihering da luta pelo direito, sua conduta será tida como adequada, pois entende-se nesse país que ninguém é obrigado a suportar as injustiças. Esse cidadão não pode recorrer às vias de fato, mas ali se acha natural querer a punição das pessoas importunas através do braço da justiça. Caso, ao contrário, esteja, por exemplo, no Japão, esse cidadão que processou seu vizinho será tido como pessoa desajustada, pois deveria dialogar com o vizinho e encontrar uma solução à base do diálogo. No primeiro país, preconizam-se as soluções de força contra aqueles que violam as regras da boa convivência, enquanto que no último valorizam-se as soluções pacíficas conseguidas através do diálogo".*

Na maior parte dos casos trazidos ao IV JECRIM, verifica-se a inexistência de qualquer periculosidade social e que os envolvidos estão optando em submeter os conflitos à jurisdição penal por mera incapacidade de convivência no âmbito estrito do condomínio onde residem.

Portanto, dar tratamento criminal a uma matéria que poderia ser resolvida no âmbito civil ou administrativo é algo que

---

10 MARQUES, Luis Guilherme. A conciliação sob a ótica dos ortodoxos e dos heterodoxos. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/jesp/jurisprudencia_doutrina/doutrina_005.html

não se coaduna mais com nosso sistema constitucional, e os Tribunais Superiores têm reforçado esse entendimento a cada dia. Conflitos sociais, como podem ser entendidos a maioria daqueles que ocorrem entre vizinhos têm sido transfigurados em questões judiciais, justificando uma parceria entre a Psicologia e o Direito.

3. Os conflitos entre vizinhos

Em nossa experiência no JECRIM, além dos casos que verdadeiramente necessitam da prestação jurisdicional, encontramos tanto sujeitos que iniciam um processo, mas não querem resolver o problema porque de algum modo doentio dele se alimentam, quanto sujeitos que possuem um nível baixíssimo de tolerância e batem às portas do Judiciário por qualquer razão e de forma reiterada: os dois modelos consistem nos chamados "litigantes contumazes".

Há também aqueles que o fazem mal orientados, buscando a via criminal sem ter a menor noção da diferença entre esta via e a cível, esta última destinada, entre outras matérias, a resolver litígios de vizinhança. Um dos possíveis fatores pela opção criminal pode residir na gratuidade inicial do acesso à justiça. Nada se paga para registrar uma ocorrência na delegacia e também nenhum custo se antecipa no juizado criminal, enquanto que, na justiça cível, só se ingressa mediante advogado e pagando uma taxa judiciária (salvo a hipótese de se tratar de uma pessoa juridicamente necessitada, que não é a realidade do juizado onde a pesquisa foi feita).

Hoje em dia, com os sistemas informatizados, fica mais fácil rastrear aquelas pessoas que se envolvem em várias ocorrências, não raras vezes, em grau progressivo, demandando atenção para distinguir os casos em que o sujeito está numa verdadeira espiral de violência. Num contexto de vizinhança, essa espiral pode ser vista em alguns casos, da seguinte forma: tudo começa com gestos de falta de educação e falta de cortesia; evolui para xingamentos, crimes contra a honra, ameaças, vias de fato e, finalmente, lesão corporal. Isso quando não são agregadas outras condutas típicas

como violação de correspondência, violação de domicílio, exercício arbitrário das próprias razões, entre outras.

Podemos exemplificar o que se entende por litigante contumaz com o caso de um morador de um prédio, ali residindo há 13 anos, que já teve problemas com outros moradores em diferentes ocasiões, resultando em processos resolvidos e arquivados, nos quais sempre foi vítima. O último processo decorreu do fato de ter encontrado um vizinho com o cachorro no elevador e alegar que este o teria xingado de vagabundo, safado, velho senil, segundo ele, uma *"agressão gratuita"*. Entretanto, as testemunhas, como o porteiro, alegam que a vítima sempre foi um problema, reclamando por qualquer coisa, sempre culpando a síndica e até já o ouviram falar que, quando fosse síndico, construiria uma carceragem nos fundos do prédio para prender moradores que não seguissem as regras. Os demais moradores informaram que o dito autor da agressão é pessoa educada e seu cão é *"um labrador manso de 10 anos"*. Todos afirmam que o único problema do prédio é a vítima. Todas as testemunhas moradoras do prédio em questão apoiaram o autor, pois ouviram a suposta vítima gritar: "Seu maconheiro, filho da puta vou pegar minha arma pra te dar um tiro".

Esta é uma das situações analisadas em uma pesquisa realizada no JECRIM[11], onde verificamos, assim como Benilton Bezerra Jr. [12], que a intolerância em relação à diferença vem culminando em atos violentos cometidos, muitas vezes, por motivos fortuitos. As reações diante de frustrações são exacerbadas, a violência banalizada, e cresce a indiferença diante de qualquer coisa que não esteja relacionada a interesses individuais; ou seja, o coletivo se enfraquece em nome do individualismo.

---

11 LEVY, Lidia; JONATHAN, Eva Gertrudes; CARVALHO, Luis Gustavo Castanho Grandinetti de; PINHO, Humberto Dalla Bernardino de, *op. cit.*

12 BEZERRA Jr., Benilton. Solidariedade contra violência, In: SCHOR, N.; TABOSA MOTA, M. S. F.; CASTELO BRANCO, V. (Orgs) *Cadernos Juventude, Saúde e Desenvolvimento.* Brasília, Brasil: Ministério da Saúde, ago. 1999, pp. 136/146.

Loparic[13], por sua vez, entende ser a tolerância um conceito--chave de nossa cultura, na medida em que implica na capacidade de suportar dificuldades, choques de interesses, diferenças de opinião. A incapacidade de suportar as tensões do cotidiano e a intolerância diante das diferenças existentes entre os seres humanos estão na base de problemas como o preconceito, a violência e o desrespeito. O crescimento da intolerância é facilmente constatado nas relações interpessoais cotidianas.

No caso acima citado a dita vítima não apenas recusava as idéias ou as opiniões dos demais moradores de seu prédio como também pretendia impor suas próprias idéias enquanto regras a serem respeitadas, desprezando com sua conduta o direito dos demais e qualquer norma de convívio social. Tensões internas se exteriorizam e se materializam na forma da violência. Chama também a atenção a violência da reação e a necessidade de continuar o ataque através de uma ação judicial. Esta, portanto, torna-se um instrumento de vingança cujo objetivo é atingir o outro, cristalizando desta forma o conflito.

Por outro lado, há casos em que se pode observar, verdadeiramente, que todas as instâncias já foram percorridas, todas as alternativas já foram buscadas e nada funcionou. Neste momento é preciso atenção, experiência, prudência e, acima de tudo, sensibilidade por parte do Judiciário (aqui concebido como um todo, ou seja, englobando juiz, promotor, defensor e órgãos auxiliares) para separar o joio do trigo.

3. A necessidade de uma nova perspectiva

Questões subjetivas são levadas ao tribunal, quando os sujeitos não conseguem resolver suas dificuldades pelo diálogo. Os conflitos entre vizinhos surgem no seio das relações interpessoais

---

13 LOPARIC, Zeljko. Objetificação e intolerância. *Natureza Humana*, vol.9, n.1, jan.- jun., 2007, pp. 51/95.

e sociais, portanto estes campos devem ser considerados nas tentativas de soluções a serem propostas.

Muitas das demandas de reparação do dano vão além da questão patrimonial ou moral e também visam atender as necessidades emocionais dos envolvidos. Não nos cansamos de falar que é muito fácil para o juiz simplesmente sentenciar; decidir aquele caso; tirar mais um processo da pilha. O difícil é resolver o problema, de modo que aquelas pessoas encontrem a solução para o mal que lhes aflige e que gera como efeito secundário a perpetração dos crimes e contravenções penais. E isso é facilmente observado na realidade dos ilícitos envolvendo vizinhos, embora seja ainda muito complicada a sua operacionalização.

No IV JECRIM, as partes podem aderir voluntariamente à proposta de um trabalho inspirado em técnicas de mediação realizado pela equipe interdisciplinar ou prosseguir no curso processual tradicional. As tentativas realizadas no ano de 2009 tiveram um índice ainda baixo de sucesso, pois em muitos casos, uma das partes (ou ambas) simplesmente não comparecia ou comparecia e afirmava não ter o menor interesse em compor. Quando indagávamos se teriam interesse em aprofundar e problematizar a questão de modo a tentar obter uma solução, na maioria das vezes respondiam negativamente, dizendo apenas que queriam que o processo fosse julgado.

A solução do conflito pode (e deve) ser monitorada e auxiliada de todas as formas pelo Poder Judiciário, mas a vontade das partes não pode ser substituída pelo Juiz. É sabido que na definição clássica da jurisdição, temos o ato do Juiz que se substitui à vontade das partes e sua decisão se transformará em lei para aquelas pessoas (coisa julgada material) a ser obedecida quer queiram ou não, quer gostem ou não.

O problema é que o objetivo dos contendores passa a ser a obtenção de um número maior de sentenças contra o desafeto e vice e versa, alimentando o conflito em vez de pacificá-lo.

Muitos dos processos julgados no JECRIM se constituem em um nítido retrato da situação de excessiva litigiosidade observada na contemporaneidade. As pessoas querem acreditar (e acabam acreditando) que a sentença do juiz vai resolver o problema. Como se desejassem ter um juiz à disposição, no condomínio, 24 horas por dia, para decidir tudo. Elas não pensam que após a sentença, vão continuar a se encontrar no elevador, no corredor, na garagem, na portaria, ou mesmo na padaria da esquina. Não se dão conta de que estão dentro de uma relação continuada e que, quer queiram ou não, terão de conviver por algum tempo, frequentar os mesmos ambientes, ter os mesmos amigos em comum, etc. Assim, pressupõe-se que, para além do fato, o crime afeta a vítima, o ofensor e a comunidade de referência de ambos, ultrapassa o âmbito jurídico atingindo valores que não são dimensionados, como a paz e a segurança

Diante da crescente demanda punitiva que tem se traduzido em níveis de intolerância cada vez mais preocupantes, busca-se oferecer outro paradigma sobre o que se entende por "Justiça". Se realizada de maneira adequada e em um contexto legal favorável, acreditamos ser possível encontrar um caminho para auxiliar as partes a resgatar responsabilidades além de diminuir o índice de reincidência.

Essa iniciativa, contudo, deve ser acompanhada de uma verdadeira mudança de mentalidade, que implique em abandonar a cultura do "ou", do certo ou errado, de culpar o outro e apelar para uma entidade externa com o objetivo de dirimir o conflito. Ao contrário, faz-se necessário adotar a cultura do "e", ou seja, quando não há nem certo nem errado, quando todos os envolvidos se reconhecem como responsáveis pelo conflito e, portanto, tornam-se capazes de modificar suas percepções e comportamentos no sentido de encontrar caminhos para o entendimento.

5. A mediação nos Juizados. Primeiras palavras.

Partindo-se da premissa segundo a qual a jurisdição, embora seja a fórmula primeira para a composição dos litígios, por vezes não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito[14] e, sem ingressar aqui na controvérsia acerca dos limites da adjudicação[15] e das alegadas inconveniências dos equivalentes jurisdicionais[16] num sistema processual constitucionalizado[17], sobretudo no âmbito penal[18], passaremos a tecer algumas considerações sobre a mediação, enquanto alternativa para a busca de uma solução de pacificação do litígio.

Entende-se a mediação como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito[19]. Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona

---

14 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias, *Revista Dialética de Direito Processual*, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

15 FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication, 92 *Harvard Law Review*, 353, 1978.

16 FISS, O.M. Against settlement, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

17 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 , capítulo 1.

18 Entre outros, CARVALHO, Salo de. Abolicionismo penal versus garantismo processual: notas sobre as incongruências da justiça penal consensual, em http://www.ambito-juridico.com.br e PRADO, Geraldo. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 173/221.

19 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, *in Acesso à Justiça: efetividade do processo* (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

Helena Soleto Muñoz[20], numa definição bastante amadurecida, afirma ser possível dizer que:

> *"la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso".*

O Art. 3º da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008[21], emitida pelo Conselho da União Européia, define mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador. Observa-se, portanto, que são elementos da mediação, de acordo com tal Diretiva: a estrutura do processo, a existência de duas ou mais partes,

---

20 MUÑOZ, Helena Soleto. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível em http://www.redp.com.br.

21 DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, of 21 May 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Texto disponível em http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU_directives. *"Article 3. Definitions. For the purposes of this Directive the following definitions shall apply: (a) 'Mediation' means a structured process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. This process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law of a Member State. It includes mediation conducted by a judge who is not responsible for any judicial proceedings concerning the dispute in question. It excludes attempts made by the court or the judge seized to settle a dispute in the course of judicial proceedings concerning the dispute in question".*

a voluntariedade do processo, o acordo das partes e, por fim, a ajuda do mediador.

Pelos conceitos que foram apresentados, podemos afirmar que a mediação se difere da negociação justamente pela presença do terceiro mediador, que terá como função primordial auxiliar as partes na resolução de seu conflito.

Normalmente essas partes, após um fracassado processo de negociação, chegam à conclusão de que não são capazes, por elas próprias, de remover os obstáculos que impedem a celebração do acordo[22]. Buscam, num terceiro, uma forma de viabilizar a via consensual, que sabem existir, embora não sejam capazes de encontrá-la.

Mas é possível também, e é preciso que se advirta dessa possibilidade, que a via consensual esteja irremediavelmente obstruída, por conta de um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou ambas as partes e ainda pela falta de habilidade em lidar com o conflito. Nesse caso, deve se recorrer à adjudicação ou decisão forçada, hipótese em que o conflito será, necessariamente, judicializado, com a emissão de uma sentença que, na maioria das vezes, define a questão jurídica, mas não alcança a pacificação do litígio.

Esse é um ponto extremamente delicado na prática dos Juizados. Os profissionais têm que desenvolver uma sensibilidade e uma perspicácia para avaliar corretamente quando um conflito é "mediável" e quando é necessária a intervenção judicial, mesmo estando cientes de que aquela intervenção não

---

22 No mesmo sentido, Maria de Nazareth Serpa afirma que a mediação é um *"processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução. Um de seus aspectos-chave é que incorpora o uso de um terceiro que não tem nenhum interesse pessoal no mérito das questões. Sem essa intervenção neutra, as partes são incapazes de engajar uma discussão proveitosa. O terceiro interventor serve, em parte, de árbitro para assegurar que o processo prossiga efetivamente sem degenerar em barganhas posicionais ou advocacia associada"*. SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 147.

"resolverá" o problema do ponto de vista fático, embora vá encerrar aquela relação jurídico-processual.

É preciso que se diga, ainda, que há conflitos que necessitam de constante monitoramento. Algumas vezes, o acordo reside em se suspender o processo por um período determinado para que se avalie se aquela solução inicialmente prevista irá funcionar no sentido de atender aos interesses e necessidades dos envolvidos. Temos observado casos nos quais algumas pessoas são tão dependentes do Poder Judiciário, enquanto ente limitador ético de sua conduta, que o processo tem que ser mantido suspenso pelo máximo de tempo possível, pois somente dessa forma um dos contendores freia seus impulsos beligerantes e se abstém de importunar ou ameaçar o outro.

Essa discussão é ainda mais profunda e pode ser examinada sob diversos pontos de vista. Neste momento, nos interessa registrar que numa sociedade pós-moderna, o Judiciário deve adotar uma postura minimalista. Deve intervir se e quando necessário; seu objetivo primário não deve ser a imposição pura e simples da vontade do Estado, mas a busca da comunicação e da solução numa instância deliberativa e, sempre que possível, colegiada. Uma postura diversa, numa perspectiva ampliada, pode transformar o Judiciário no "superego da sociedade"[23], alimentando um povo dependente, que não aprende a desenvolver sua cidadania.

É preciso reconhecer que a mediação, embora em fase de crescimento em nosso país, vem enfrentando uma série de obstáculos. Essas barreiras podem ser institucionais ou pessoais, sendo institucionais aquelas que remetem a oposições feitas por entidades ou grupos políticos e sociais organizados.

---

23 MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000.

Apesar de toda a evolução da teoria da solução alternativa de conflitos, é possível ainda identificar pontos de resistência bastante fortes e que podem ser resumidos em três posições.

A primeira diz respeito à desinformação generalizada sobre o cabimento da mediação, seus limites, potencialidades e conseqüências jurídicas.

A segunda se refere à percepção social da figura de autoridade para a solução do conflito. A sociedade brasileira, de forma geral, ainda enxerga no juiz, e apenas nele, o personagem que encarna, de forma inquestionável, o poder de resolver litígios. Outras figuras como conciliadores, juízes leigos, juízes de paz, integrantes de câmaras de mediação ou câmaras comunitárias, ainda são vistos com certa desconfiança.

A terceira é traduzida pela falta de normatização e sistematização da mediação, aliada à noção de que sempre, de alguma forma, caberá algum tipo de recurso ou medida a ser distribuída ao Poder Judiciário, como forma de questionar providência determinada no âmbito de um método alternativo de solução de conflitos.

Já as barreiras pessoais são aquelas impostas pelos que estão diretamente envolvidos num processo de mediação. O ex-Diretor do Centro de Conflito e Negociação da Universidade de Stanford[24], e Diretor do PON – Program on Negotiation da Harvard Law School[25], Robert H. Mnookin[26], procurou sistematizar as quatro principais barreiras pessoais que impedem a obtenção de um acordo entre partes em litígio.   Afirma o professor, que a primeira das barreiras a ser transposta é a estratégica, que

---

24 Cf sítio em http://www.stanford.edu/group/sccn .

25 Para maiores informações dos interessados em atender aos Seminários de mediação e negociação promovidos pelo Programa de Negociação de Harvard Law School, e/ou obter material específico sobre o tema, cf o sítio em http://www.pon.harvard.edu .

26 MNOOKIN, Robert H. Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict, *The Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 8, nº 2, 1993, pp. 235/249.

está embasada na barganha, onde cada um dos litigantes quer maximizar seus ganhos e diminuir os benefícios do outro. Ao contrário, os negociadores devem ter em mente que o processo de negociação deve ser encarado como uma forma de atingir o máximo de benefícios para ambos os lados, ao invés de implicar, necessariamente, grandes perdas para um e ganhos correspondentes para o outro, visto que um negócio bem feito pode potencializar os ganhos de ambas as partes[27]. Para tanto, mister que as partes negociem com boa-fé, abertas ao maior número de opções possíveis, expondo as suas preferências e os fatos de seu conhecimento.

Também temos como barreira à obtenção de um bom acordo o uso de um preposto (agente) para negociar em nome do titular do direito, visto ser muito difícil que um terceiro conheça todos os interesses do seu representado, bem como os limites aceitáveis das propostas. Ademais, não raras vezes, estará também negociando em benefício próprio, pois seus ganhos pessoais dependem dos ganhos de seu cliente, o que tende a amesquinhar a questão e, por isso, dificultar o acordo.

A terceira barreira listada pelo professor Mnookin é a cognitiva, intimamente ligada à capacidade das pessoas em processar informações e lidar com riscos e incertezas. Isso significa dizer que é da essência do ser humano ter medo de perder; esta insegurança natural leva ao receio de assinar um acordo, sem se dar conta de que, em não o firmando, as perdas podem ser potencializadas, até porque a solução consensual não costuma ser disponibilizada por muito tempo, eis que a demora levará, normalmente, à opção pela via adjudicatória para que a questão seja finalmente resolvida. Dessa forma, as inquietantes perguntas ecoam na mente daquele que está prestes a celebrar o acordo. *"Será que esse valor está bom? Será que não posso conseguir*

---

27 Essa idéia de ganhos recíprocos e a permanente preocupação com esse parâmetro sempre foi um dos pilares da teoria clássica da negociação em Harvard. Para maiores esclarecimentos veja-se FISCHER, Roger & URY, William, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In,* Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

mais? Será que com um pouco mais de negociação não consigo uma proposta melhor? Será que os outros vão me achar um mau negociador ou meus amigos vão me recriminar por não ter perseguido uma oportunidade mais vantajosa?".

Finalmente, a quarta barreira consiste na tendência, quase que automática, de as pessoas rejeitarem ofertas elaboradas pela outra parte, mesmo que lhes pareçam satisfatórias, por infundada e pura desconfiança. Assim, há uma tendência de interpretar uma boa proposta do adversário como barganha baseada em informações não compartilhadas no curso do processo negocial; de acreditar que o outro negociante quer obter apenas ganhos próprios através do acordo, e não que deseja um acordo justo e bom para ambos. Isto causa sensação de frustração e impotência. Instala-se um processo mental hermético e cíclico, se desvia do foco e inviabiliza o acordo.

Para que sejam ultrapassadas todas essas barreiras, e se chegue a um resultado final satisfatório, imprescindível será o desenvolvimento de um bom trabalho por parte do mediador. Durante todo o tempo, o processo deve ser transparente, com prévias e detalhadas explicações sobre tudo o que está sendo colocado na mesa, os futuros passos e as possibilidades e opções de cada um.

O mediador pode tomar conhecimento de um maior número de informações (em reuniões privadas, as partes lhe confiam dados que dificilmente transmitiriam a seu adversário); pode ter, então, melhor compreensão da atitude de cada um (no sentido de as partes estarem agindo de boa-fé ou não no decorrer do processo negocial), auxiliando com isso o afastamento da barreira estratégica. Quanto menos a parte interessada se sentir surpreendida ou vulnerável, mais ela se entrega ao processo de mediação e torna mais fácil a tarefa de identificar os interesses aparentemente antagônicos e inconciliáveis por trás das posições, viabilizando uma composição.

Também os mediadores podem superar os problemas decorrentes do uso de prepostos para a negociação visto que sua

função será trazer os próprios litigantes à mesa para discutir o problema, estabelecendo relacionamento direto com eles e esclarecendo sobre a importância dessa conexão sem intermediários. Ademais, será sua responsabilidade auxiliar o acesso aos interesses comuns das partes e contabilizar os custos decorrentes da assinatura ou não do acordo, atitudes que auxiliarão a derrubada da terceira barreira, ou seja, a barreira cognitiva.

E, por fim, segundo alguns, poderá o mediador elaborar as propostas em nome da parte proponente, com o que a quarta barreira ficará sensivelmente mitigada[28].

Uma vez estabelecida a opção pela mediação, algumas questões devem ser objetivamente colocadas. Em primeiro lugar, para que seja instituída a mediação, mister que exista a concordância de ambas as partes na adoção de tal meio de solução de conflitos, pois, como vimos anteriormente, a opção pela mediação é, e tem que ser, sempre voluntária. Imprescindível que as partes estejam optando pela mediação de boa-fé, e que conduzam todo o processo nessa perspectiva. Ademais, importante que as partes escolham conjuntamente um mediador (e se empenhem verdadeiramente nesse processo de escolha), de sua irrestrita confiança que esteja apto a compreender aquele conflito, suas dimensões e potencialidades.

Devem as partes, a fim de garantir a aplicação das normas de razoabilidade e do devido processo legal, tomar algumas

---

28 Isto é viável apenas quando se convenciona a mediação ativa. De se observar que hoje, ao contrário da maioria das escolas de mediação nos Estados Unidos, a escola de Harvard se coloca em posição francamente antagônica a essa modalidade de mediação, por acreditar que com isso estar-se-á desnaturando a essência do sistema de mediação. Pela mesma razão, não se admitem sessões privadas com uma das partes ("caucus") ou a concretização de uma proposta até então abstrata, sob pena de violação da imparcialidade do mediador. Para maiores esclarecimentos, cf. HARVARD LAW SCHOOL. Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials. Cambridge, Massachusetts, June, 2004. Sob a perspectiva dos negociadores, veja-se: MNOOKIN, Robert H. *Beyond Winning*, Cambridge: Harvard University Press, 2000; e BRESLIN, J. William & RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation Theory and Practice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

providências para oficializar o procedimento e preservar seus direitos e garantias. O ponto chave do processo de mediação é a comunicação e a negociação. A troca de informações pode ser desenvolvida tanto em sessões conjuntas (em que estejam presentes ambas as partes, juntamente com o mediador), bem como separadamente, reunindo-se o mediador com cada uma das partes em separado[29]. Esse último tipo de sessão é denominado de "*caucus*" e pode ser requerido tanto pelo mediador como pelas próprias partes.

É razoavelmente seguro supor que as razões expressas pelas partes em disputa como estando na base da sua atitude não sejam as únicas. Deste modo, uma das tarefas do mediador será revelar os verdadeiros interesses e motivações, visando compreender o que possa estar influenciando as posições assumidas pelas partes e impulsioná-las no sentido de ultrapassarem o que estiver bloqueando as negociações diretas.

Durante as reuniões, sejam elas em conjunto ou separadamente, caberá ao mediador a condução dos trabalhos; ele deve estar sempre à frente e no controle do processo, estimulando o debate entre as partes, sem nunca perder o foco e o objetivo de todo o trabalho.

Uma vez obtido um acordo, será ele formalizado por escrito. Também os advogados das partes, juntamente com o mediador, devem intervir nesta fase, a fim de garantir a exeqüibilidade daquilo que foi acordado e a adequação às normas em vigor, evitando surpresas desagradáveis na indesejável, porém possível, hipótese de descumprimento dos termos do acordo.

---

29 Ver nota de rodapé supra sobre a posição da Escola de Harvard acerca do "caucus", o que denota que nem todos os mediadores são adeptos de tal medida. Entendem os especialistas do P.O.N. da Harvard Law School que tal reduz o grau de confiabilidade das partes no mediador e impede a construção de um processo participativo, no qual todos (partes e mediador) devem se envolver nos problemas de todos. Uma expressão comumente utilizada nos Seminários, e que traduz bem essa mentalidade, é: *"anybody´s problem is everybody´s problem!"*.

Todo esse procedimento de mediação pode ser feito no âmbito do Juizado ou mesmo fora dele. Na verdade, o ideal é que as próprias partes e seus advogados fossem capazes de perceber a possibilidade e a conveniência da mediação, procurando Centros Especializados. Talvez, por conta de nossa "democracia tardia" e da falta de maturidade e criatividade dos operadores do direito ao lidar com as possíveis soluções do conflito, seja ainda necessário levar diversos conflitos ao Poder Judiciário para que a atividade de conciliação ou de mediação se dê sob a supervisão do juiz, como uma forma de garantia ou segurança para as partes envolvidas.

6. Considerações Finais

No decorrer deste trabalho procuramos pontuar a riqueza de uma articulação entre uma escuta psicológica e o discurso do direito. No IV JECRIM uma troca entre os referidos saberes vêm sendo construído, de início, com o objetivo de melhor atuar junto aos processos de conflitos entre vizinhos. São litígios entre condôminos, entre um condômino e o condomínio ou entre condômino e empregado do condomínio.

Para um Juizado Criminal são encaminhados inúmeros procedimentos todos os meses. Nesse "bolo" há de tudo. Desde pequenos desentendimentos até questões familiares e pessoais sérias, que precisam de atenção especializada, sob pena de se permitir a evolução daquele conflito até que se chegue a consequências graves. Como já foi dito, alguns aspectos emocionais provocam barreiras que impedem a possibilidade de um entendimento. O autocentramento e o esgarçamento da sociabilidade, tão presentes na sociedade contemporânea, vêm causando reações desproporcionais no cotidiano dos sujeitos, que eclodem numa mesa de audiência.

O que pode ser feito, e na prática ocorre em muitos Juizados, é a filtragem dos procedimentos pelo Ministério Público, assim que eles são remetidos pela Autoridade Policial, a fim de

selecionar os casos que demandam uma atenção maior ou uma providência mais urgente. Para esses, deve haver uma disponibilidade imediata na pauta do juízo, de modo que será possível a designação de audiência especial ou mesmo audiência preliminar sob a presidência do Juiz togado (chamada por muitos de "audiência especial").

No IV JECRIM, no momento do recebimento dos procedimentos advindos da delegacia, tais casos são identificados, é colocada uma etiqueta na capa dos autos e anexado um questionário que será submetido às partes por ocasião da audiência preliminar. Na data da audiência é explicado aos envolvidos que o juizado dispõe de um programa, coordenado por psicólogos e assistentes sociais, a custo zero, que está à disposição deles para que possam expor seus pontos de vista, seus inconformismos, buscando uma forma de pacificar aquela relação.

A atividade é voluntária. Não há qualquer sanção para aquele que não se interessa pelo programa ou se recusa a freqüentar; neste caso, o procedimento segue normalmente para as fases seguintes ou é arquivado caso não estejam presentes as condições mínimas para a deflagração da ação penal.

A avaliação inicial do que tem sido feito no IV JECRIM, indica resultados positivos, que justificam a continuidade do projeto. Concluindo, não podemos deixar de enfatizar que a falta de uma política pública de conciliação e de mediação, aliada à mentalidade de litígio de muitos daqueles que procuram o Poder Judiciário, ainda seja o maior empecilho à efetividade dos respectivos institutos.

Referências bibliográficas

BEZERRA, Benilton. Solidariedade contra violência, In: SCHOR, N.; TABOSA MOTA, M. S. F.; CASTELO BRANCO, V. (Orgs) *Cadernos Juventude, Saúde e Desenvolvimento.* Brasília, Brasil: Ministério da Saúde, ago. 1999, pp. 136/146.

BINDER, Alberto M. (tradução de Fernando Zani, com revisão de Fauzi Hassan Choukr). *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 01/32.

BRESLIN, J. William; RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation Theory and Practice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

CARVALHO, Luiz Gustavo Castanho Grandinetti de (org.) *Justa Causa Penal Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. Abolicionismo penal versus garantismo processual: notas sobre as incongruências da justiça penal consensual. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br Acesso em 10 fev. 2008.

CERVINI, Raúl (Tradução Eliana Granja et al.). *Os Processos de Descriminalização*, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 214/225.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. In: *Separata ITEC*, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000, p. 3.

FERRAJOLI, Luigi (tradução de Ana Paula Zomer e outros). *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 685/763.

FISCHER, Roger; URY, William. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In,* Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

FISS, O.M. Against settlement, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, 9ª edição. Rio de Janeiro: Vozes, 1991, pp. 11/33.

FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication, 92 *Harvard Law Review*, 353, 1978.

LEVY, Lidia; JONATHAN, Eva Gertrudes; CARVALHO, Luis Gustavo Castanho Grandinetti de; PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. Mal-estar contemporâneo e conflitos entre vizinhos. Artigo ainda não publicado, 2010.

LOPARIC, Zeljko. Objetificação e intolerância. *Natureza Humana*, vol.9, n.1, jan.- jun., 2007, pp. 51/95.

LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 01/150.

LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. *Revista CEJ/ Conselho de Justiça Federal,* Centro de Estudos Judiciários, v. 2, n. 4 jan./abr. 1998. Disponível em:

http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/138/226 Acesso em 25 nov. 2009.

MARQUES, Luis Guilherme. A missão do judiciário é diluir conflitos. Em 10 set 2009. Disponível em: http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/judiciario/5406-a-missao--do-judiciario-e-diluir-os-conflitos.html Acesso em 20 jul. 2010.

______________A conciliação sob a ótica dos ortodoxos e dos heterodoxos. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/jesp/jurisprudencia_doutrina/doutrina_005.html Acesso em 20 jul. 2010.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. Individualismo como incentivador da violência e o papel do Direito Penal nesse contexto. *Jus*

Navigandi, Teresina, ano 9, n. 796, 7 set. 2005. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7249&p=6 Acesso em 20 jul. 2010.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000.

MNOOKIN, Robert H. Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict. *The Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 8, nº 2, 1993, pp. 235/249.

____________________ *Beyond Winning*, Cambridge: Harvard University Press, 2000;

MUÑOZ, Helena Soleto. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009. Disponível em: http://www.redp.com.br. Acesso em 20 de janeiro de 2010.

PABLOS DE MOLINA-Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia,* 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 459/585.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

______________________ *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 471/490.

_______________________ Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, Geraldo (Org.) *Acesso à Justiça: Efetividade do Processo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp 105/124.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 173/221.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 147.

STRECK, Lenio Luiz. Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br Acesso em 04 fev. 2004.

UNIÃO EUROPEIA - Department of Justice and Law Reform. On certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Directive 2008/52/EC of The European Parliament and of the Council, of 21 May 2008. Disponível em http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU_directives. Acesso em 02 de fevereiro de 2009.

Direitos humanos e direitos não-humanos[1]

Fábio Corrêa Souza de Oliveira[2]

1. Duas estranhezas do título: Há direitos não-humanos? Por que tratar de direitos não-humanos?

Este texto versa sobre direitos não-humanos." Explica-se. Direitos não-humanos: aqueles titularizados por seres não pertencentes à espécie humana. Neste passo, direitos não-humanos podem conflitar com concepções comuns de direitos humanos, isto é, com aquilo que ordinariamente se considera como sendo direito humano. E, pasme-se mais ainda, pode ser que direitos não-humanos prevaleçam (ou devam prevalecer) sobre

1 Este texto foi estruturado na noite de 14 de dezembro de 2010, após assistir ao documentário *Behind the mask*, acerca da *Animal Liberation Front* (*ALF*). Este escrito é dedicado aos integrantes da *ALF* e, sobretudo, aos animais, vítimas (não as únicas) de *direitos* humanos. Agradeço ao Professor Daniel Braga Lourenço, da UFRRJ, pela leitura e pelo melhor diálogo acadêmico.

2 Professor Permanente do Mestrado/Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Coordenador do *Centro de Direito dos Animais, Ecologia Profunda*, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor de Direito Administrativo da UFRJ e de Direito Constitucional da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Doutorado em Direito Constitucional/Teoria do Estado na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC - CNPQ). Pesquisador Visitante e Pós-Graduação *Lato Sensu* na Faculdade de Direito de Coimbra (2004 - CAPES). Pesquisador do CNPQ.

direitos humanos. Ou dito de outra forma: delineiam (conformam) direitos humanos.[3]

Antes de verificar o acerto destas teses, cumpre mais alguma tinta acerca da pertinência deste texto na presente publicação. Os seres humanos, ao longo da sua vida, não mantêm relações apenas com outros humanos. Inevitavelmente, por escolha ou não, entram em contato com outras formas de vida, seja animal não-humano ou vegetal, ademais dos efeitos gerados em inanimados, como, por exemplo, as pedras; genericamente, o chamado reino mineral. De toda sorte, por ainda mais incrível que possa soar, não é correto afirmar a irrelevância de qualquer ato sobre os seres inanimados. Além da reverência por tudo o que há, pela magnitude, beleza, mistério da natureza, do mundo/universo, os entes inanimados constituem o ecossistema, fazem parte da injunção ou *teia da vida* (Capra), isto é, há ou pode haver vida naqueles sem vida, o que já basta para entender que não é desimportante, tanto faz, a conduta que se adote, os efeitos neles produzidos. Ora, existe ou pode existir (estado latente, em potência) vida na pedra, na terra, na água. No mínimo, portanto, são recursos, ambiente onde a vida se faz, seja vida humana ou não.[4]

---

3 Acerca do conflito de direitos, conformação, limites imanentes: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2.ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

4 Não vou enveredar aqui pela análise referente ao *status* e, assim, sobre qual conexão se ter com as entidades não-viventes. Mesmo entre os adeptos do Direito dos Animais, entre os ecologistas, não há consenso sobre a questão e a maioria afigura recusar valor intrínseco aos seres inanimados, os quais teriam, pois, valor instrumental, notadamente, é a posição que parece também predominar, em função da vida animal (humana e não-humana). Ressalva feita à Ecologia Profunda. Ilustrativamente, a passagem de Leonardo Boff: "Atualmente o conceito se expandiu para além dos seres vivos. Ecologia representa a relação, a interação e o diálogo que todos os seres (vivos e não vivos) guardam entre si e com tudo o mais que existe. A natureza (o conjunto de todos os seres)..." BOFF, Leonardo. *Ecologia, mundialização, espiritualidade*. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 25. É imprescindível assumir uma posição de humildade, virtude e fator do conhecimento. O homem não é ciente todas as formas de vida e das inter-relações que se montam entre elas e com os seres inanimados. O reconhecimento da enorme probabilidade ou da certeza da existência de formas ignoradas de

Então, a pergunta é: pressupondo que o ser humano possui direitos e que interage com outros seres vivos, viventes de outras espécies também têm direitos? Ou é o homem o único ser titular de direitos? O contato é entre alguém sujeito de direito e um objeto de direito? A resposta amplamente dominante, historicamente afirmada pela humanidade, albergada pela legislação ou, pelo menos, fruto da leitura recorrente e tradicional empreendida dos textos normativos, é que exclusivamente o homem titulariza direitos, os demais seres vivos são coisas, objetos humanos, seres a serviço da humanidade. Não ostentam, portanto, valor intrínseco, não são fins em si, porquanto o fim deles é o benefício do homem, são meios para o bem da humanidade. A visão que se tem deles é instrumental, exploradora, utilitária. Para que servem os animais não-humanos? Para os seres humanos, ora. Quem disse? Além do próprio homem? Dirão alguns: o próprio Deus.[5]

---

vida fora do planeta não significa que se saiba de todas as dimensões ou variações da vida que habitam a Terra. Reparem-se nas plantas que, para surpresa, nascem e crescem em meio às frestas (antes inteiramente mortas) do cimento (nada mais sem ânimo), nas paredes e telhados. Em tese, não deveriam estar lá, mas o fato é que, relutantemente, estão.

5 Em Gênesis, 1, 26-27: “Disse também Deus: Façamos o homem à nossa imagem e semelhança, o qual presida aos peixes do mar, às aves do céu, às bestas, e a todos os répteis, que se movem sobre a terra, e domine em toda a terra. E criou Deus o homem à sua imagem; fê-lo à imagem de Deus, e criou-os macho e fêmea.” Em Gênesis, 1, 28-30: “Deus os abençoou, e lhes disse: Crescei e multiplicai-vos, e enchei a terra, e tende-a sujeita a vós, e dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, e sobre todos os animais que se movem sobre a terra. Disse-lhes também Deus: Eis aí vos dei eu todas as ervas, que dão as suas sementes sobre a terra; e todas as árvores, que têm as suas sementes em si mesmas, cada uma segundo a sua espécie, para vos servirem de sustento a vós, e a todos os animais da terra, a todas as aves do céu e a tudo que tem vida e movimento sobre a terra, para terem de que se sustentar.” Em Gênesis, 9: “E Deus abençoou a Noé e seus filhos. E disse-lhes: Crescei e multiplicai-vos e enchei a terra. Temam e tremam em vossa presença todos os animais da terra, todas as aves do céu, e tudo o que tem vida e movimento na terra. Em vossas mãos pus todos os peixes do mar. Sustentai-vos de tudo o que tem vida, e movimento: eu vos deixei todas estas coisas quase como os legumes e ervas. Excetuo-vos somente a carne misturada com sangue, da qual eu vos defendo que não comais. Porque eu tomarei vingança de todos os animais, que tiverem derramado o vosso sangue; (...) Todo o que derrama sangue humano será castigado com a

Será mesmo?[6]

Esta idéia, contudo, apesar de compor o senso comum dos juristas, se apresenta absurda ou contraditória para muitos, inclusive fora do mundo dos doutos ou eruditos. Vejamos. Se uma pessoa (humana) envenena o cão de outra, quem é a vítima? O cachorro, como se poderia supor, já que foi ele quem perdeu a vida? Não. Ele não tem direito à (própria) vida. A vítima é o dono, porque ele tem direito sobre a (vida da) coisa, sua propriedade. Se traficantes ilegais de aves silvestres aprisionam, matam, mutilam, inúmeros pássaros, em um comércio que movimenta milhões, quem são as vítimas? Não são as aves, vez que não possuem direito à liberdade, à integridade física e à vida. É a sociedade (humana), o Estado. Não é direito individual (de cada um destes seres), é direito (humano) difuso. O peixe que morre asfixiado pela poluição de dejetos industriais ou o albatroz que falece intoxicado e/ou coberto pelo óleo derramado não são as vítimas do ato danoso. Os exemplos se multiplicam: a raposa que é morta para a extração da sua pele, o jacaré para a retirada do seu couro, o coelho que é contaminado em laboratório, o rato que é levado à vivissecção, os galos feridos ou mortos em rinhas, a pantera trancafiada em zoológico, o leão, o urso ou o elefante que são presos, feridos e deixados sem comer em circos para realizarem apresentações/malabarismos, os animais abandonados, os bovinos ou galináceos mortos por sua carne; nenhum deles é a vítima da dor, subjugação, sofrimento que padecem. E nem poderiam: não são sujeitos de direitos.

Pode ser que o leitor, após a enumeração anterior, tenha reforçado a persuasão de que nada de bizarro ou curioso há no que se expôs. Em especial o jurista, porquanto várias condutas

---

efusão do próprio sangue. Porque o homem foi feito à imagem de Deus. Vós, porém, crescei e multiplicai-vos sobre a terra, e enchei-a."

6 "Pois Deus invisível, inacessível, portanto silencioso a respeito do que se possa fazê-lo dizer ou endossar (...) O silêncio de Deus permite a tagarelice de seus ministros que usam e abusam (...) " ONFRAY, Michel. *Tratado de ateologia*. Tradução por Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 7. Tb. p. 13, 21 e 151.

citadas estão amparadas pela lei, admitidas culturalmente, pela tradição, sufragadas pela jurisprudência. Qual o problema então? O problema é que nenhum destes referenciais é garantia de justiça, nenhum deles assegura a moralidade de tais práticas.

É preciso reconhecer que o paradigma clássico e arraigado da compreensão do Direito é antropocêntrico. O Direito criado pelos homens e (somente) para os homens (e, mesmo assim, nem sempre para todos). O homem é a medida de todas as coisas, sentenciou Protágoras. Daí que a expressão direitos fundamentais é concebida usualmente como sinônima de direitos humanos, apesar, é claro, de existirem direitos humanos que não são fundamentais. Daí que fica redundante a expressão *dignidade da pessoa humana*, pois não haveria que se cogitar de dignidade para qualquer criatura fora da espécie humana. Nesta linha, a própria nomenclatura *direitos humanos* é redundante, vez que não haveria direitos não-humanos. Exceção para os entes aos quais se admite a titularidade de direitos, como a pessoa jurídica, o condomínio, a herança jacente ou vacante, todos, porém, resultados do engenho humano ou, por outros termos, tendo por esteio ou alvo último o ser humano. Fora do mundo humano, todavia, nada: nenhum direito.

O Direito dos Animais (*Animal Rights*) e a Ecologia Profunda (*Deep Ecology*)[7] rompem com o antropocentrismo, já contestado ou abalado ainda antes de Copérnico. A denominada *virada copernicana*, sem embargo, (ainda) não importou em uma mudança de perspectiva para a maior parte dos seres humanos. Uma virada de 360º, uma virada que, para a maioria, não importou em sair do lugar. A ruptura com a visão antropocêntrica não

---

7 Entre outros, para uma larga exposição analítica acerca do Direito dos Animais, na literatura brasileira, LOURENÇO, Daniel. *Direito dos Animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. Uma das obras pioneiras no Brasil: LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. 2.ed. Rev. Ampl. Atual. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004. Ilustrativamente, bibliografia da Ecologia Profunda, que reúne textos clássicos e precursores, *The ecology of wisdom: writings by Arne Naess*. Organização de Alan Drengson e Bill Devall. Berkeley, EUA: Counterpoint, 2010.

é recente, percorre a linha do tempo, sempre esteve presente na filosofia, conquanto de modo minoritário ou sem conquistar tantos corações e mentes. Entre outros, Plutarco, Pitágoras, Spinoza, Humphry Primatt, Jeremy Bentham, Henry Salt, Henry Thoreau, Tolstói. Mais recentemente, Rachel Carson, Aldo Leopold, Arne Naess, Peter Singer, Tom Regan, Bill Devall, Fritjof Capra, James Lovelock, Gary Francione, Michael Zimmerman, Alan Drengson, George Sessions.

Costumo retratar o estágio contemporâneo do tratamento dispensado aos seres não-humanos como um *limbo jurídico*.[8] Tomemos os animais: estão em um *limbo jurídico*. Ao mesmo tempo em que são coisas, ninguém pode torturar, chicotear, queimar um cachorro, sob pena de incorrer em crime, conduta tipificada pela Lei nº 9.605/98. O cão não é como um relógio (para lembrar Descartes). Eu jogo o relógio na parede, piso, bato nele com um martelo, coloco fogo. Tudo bem. Com o cão ou outro bicho, os quais, para ordenamento jurídico, são objetos também, não posso fazer o mesmo. Por quê? Porque evidentemente são diferentes, são *coisas* distintas. Logo, novamente a aporia: se a legislação estabelece que ao animal deve ser assegurado descanso durante a sua jornada de trabalho (imposta pelo homem), como no caso dos *animais de tração* (infame

---

8 Quando digo *limbo jurídico* tenho a consciência de que para a teoria clássica/tradicional não há (maior) dúvida: animais não coisas, objeto de direito. Porém, ao que parece, vivenciamos um momento de transição, uma entressafra, onde o velho pensamento ainda não feneceu (e talvez ainda esteja longe disto) e o novo ainda não amadureceu. Prova disto, do divórcio entre a vetusta teoria jurídica e um senso (não tão) comum (mas crescente) que se vem de levantar, é que se perguntarmos hoje ao homem-médio por qual razão é proibido maltratar um gato, cortar a sua pata, quem é a vítima deste ato, contaremos muitas respostas em favor do próprio animal, compreendido como tendo valor intrínseco. Fato é que a solução de negar a titularidade de direitos aos animais não-humanos de modo a asseverar que quem é protegido contra a crueldade contra os animais não são os próprios animais que sofrem as violências e sim a humanidade (seu senso de civilidade, etc.), saída para manter a coerência cultural/doutrinária, não deixa de ser sinal de ferrugem deste arquétipo, pois é preciso insistir (contra toda a evidência e bom senso) contra o que não é óbvio. O absurdo de equiparar, por ex.,

nomenclatura, reducionista), o que aliás no Brasil já é imposição normativa desde o final do século XIX, quem é o titular deste direito? É muita artificialidade, uma ginástica contorcionista do *gênio* humano, concluir que o sujeito do aludido direito é o proprietário ou posseiro do animal. A não ser, consideremos outra saída salvadora para os relutantes, que não se trate propriamente de um direito. Mas, se não é direito, é o que então? O proprietário/possuidor do animal tem o dever de conferir a ele uma pausa para descanso, mas a este dever não corresponde qualquer direito. Ou pior, ainda mais incrível, o agente que tem a obrigação é ele próprio quem titulariza o correlato direito (o direito concernente ao próprio dever que ostenta). Devedor e credor na mesma pessoa. Fantástico! Outra *saída estratégica pela esquerda* (como dizia um leão de um desenho animado): o titular do direito não é o dono/possuidor, muito menos o animal, é a sociedade (humana, é claro) como um todo, pois que avilta o senso de civilidade do homem que um animal seja maltratado. Agredida é, portanto, a humanidade: ela tem direito a que o animal descanse. Fantástico! O meu senso de civilidade – eu que estou refestelado confortavelmente na poltrona, gozando as minhas férias, alienado e impassível, cansado de descansar – é que é vulnerado se o proprietário/posseiro do cavalo não dá a ele o devido descanso. Realmente, por este prisma, a humanidade é o centro de tudo, tudo gira ao seu redor.

No passado, o Direito, fenômeno social, ignorou completamente os animais não-humanos, seus interesses, seus corpos, sua liberdade, sua dor. Por vezes, eles eram levados em conta tão somente na condição de algozes ou agressores dos seres humanos e, assim, eram punidos, inclusive sem dispensar a pompa do

---

um sapato e a um cavalo. No curso desta mudança de paradigmas, parece ficar cada vez mais difícil caracterizar os animais como objetos. Daí que legislações estrangeiras já retiraram os animais desta categoria, como mencionado adiante. De toda sorte, ainda apegados ao dogma de que apenas o ser humano é titular de direito, alguns filósofos/juristas vão procurar enquadrar os animais em uma terceira categoria, negativa, isto é, nem sujeito e nem objeto de direito.

julgamento (citados, conduzidos à audiência). Mas, repita-se, só quando no papel de malfeitores, de violadores de direitos humanos, nunca para reivindicar direito próprio (como reivindicar o que não se tem?), o que segue hoje ainda parecendo, para a maioria humana, um descalabro. Nada obstante, vê-se uma evolução na disciplina jurídica do contato entre o ser humano e o não-humano. Condutas antes aceitas, atualmente não são mais, são interditadas. A horrenda rinha de galo foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), assim como a nefasta *farra do boi*. Outro avanço, na opinião de alguns, teria sido a Lei nº 11.794/08, a *Lei Arouca*, que regula, nas suas próprias palavras, *o uso científico de animais*. A dialética dos avanços e retrocessos, idas e vindas, pode, contudo, levar ao entendimento de que a referida lei é mais representativa de um retrocesso. Fala-se, *e.g.*, em abate humanitário. Convencionou-se congregar esta mentalidade, de alguma consideração para com os animais não-humanos, sob o rótulo, ainda que inapropriado por explanar mais do que noções que alberga, de *bem-estar animal*, *bem-estarismo*.

Todavia, o Direito dos Animais não se restringe a esta perspectiva, no seu íntimo é mesmo contrário a ela. A reivindicação não é por melhorias nas condições de tratamento dos animais em experimentos científicos, questiona-se o direito (humano) de utilizar qualquer ser (humano ou não-humano), contra a sua vontade, em qualquer pesquisa ou procedimento com fins didáticos. Ou seja: combate-se, nas próprias palavras da Lei nº 11.794/08, *o uso científico de animais*. Por que não posso chicotear um gato, mas posso chicotear um cavalo? Por que a prática do *finning* (cortar as barbatanas dos tubarões, pelo seu valor comercial, e jogar o animal de volta ao mar, pelo desvalor financeiro do restante do corpo, animal que, sem poder nadar, afunda e morre afogado) é considerado ignóbil, cruel, mas a pesca, onde a morte acontece por pauladas, cortes ou asfixia, não? Combate-se o engaiolar de pássaros, ainda quando feito de maneira lícita, vez que a lei permite criadouros, comércio e o aprisionamento.

Combate-se o zoológico reduzido a um lugar de confinamento de animais para a exibição aos humanos. Opõe-se à matança de animais em nome de crenças religiosas – questão que aguarda julgamento pelo STF –, bem como à morte para a extração de pele (couro inclusive) ou para o consumo da carne. Como afirma Tom Regan, Professor Emérito de Filosofia da Universidade da Carolina do Norte (Estados Unidos), o pleito não é por jaulas maiores, mas sim por jaulas vazias.[9] Esta vertente passou a ser conhecida pelo nome de *abolicionismo animal*.

Enfim, há lugar em uma obra coletiva de direitos humanos para discutir direitos não-humanos? Não subsiste dúvida em responder que sim. A uma porque é razoável a tese, que cada vez angaria maior adesão, a sustentar direitos para além dos seres humanos. A duas porque, em sendo assim, mas mesmo que se negue tal compreensão, é imperioso refletir sobre a inter-relação entre o homem e os outros seres. O reconhecimento de direitos não-humanos implica em enorme modificação na acepção mais freqüente e enraizada dos direitos humanos, os quais podem não apenas se ver restringidos como mesmo ter a sua qualificação, enquanto direito, negada.

A três porque, a despeito da relevância da temática, bem como da sua escalada crescente tanto na opinião pública quanto no meio acadêmico, inclusive no Brasil,[10] a problemática ainda

---

9 REGAN, Tom. *Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Tradução por Regina Rheda. Revisão técnica por Sonia Felipe e Rita Paixão. Porto Alegre: Lugano, 2006.

10 No ambiente brasileiro, a questão vem conhecendo, nos últimos anos, uma vertiginosa ascensão. Para aludir apenas ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UNESA, já tive oportunidade de orientar duas Dissertações de Mestrado e atualmente oriento a terceira. A projeção é que em 2011 tenhamos, no Programa, a primeira tese de Doutorado versando sobre o assunto, quiçá duas. Para um inventário do crescimento da atenção despertada no Brasil e, genericamente, no mundo: LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Em prol do Direito dos Animais: inventário, titularidade e categorias*. *In*: Jurispoiesis. Ano 12, nº 12, p. 113-157, 2009, p. 115-126; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Direito dos Animais*. In: *Função social do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Campus, p. 324-347, 2009, p 324-327.

não está tão presente nos debates e na literatura como deveria estar. Isto, sobretudo, pela ignorância que grassa acerca do holocausto que a humanidade inflige diariamente, sem intervalo, aos demais seres. Não é possível se ocupar daquilo que se desconhece. É mesmo curioso e inusitado que a grande maioria, a quase totalidade, dos estudiosos, defensores dos direitos humanos, incluso entre os mais proeminentes, não dispense uma linha sequer pelo menos à cogitação de direitos, *e.g.*, para ou dos animais. É como se houvesse um vazio. Grandes revolucionários, que lutaram por boas causas, pela justiça para os humanos, com o risco da própria vida, não se permitiram refletir acerca da aplicação dos valiosos ideais, das bandeiras que ergueram – como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade física, à associação, ao lazer – para os animais não-humanos. Pelo contrário até. Muitos foram magnânimos para com os seres humanos, exemplos nesta seara, e cruéis ou, ao menos, indiferentes em relação aos outros viventes. E não é viável deixar de observar neste proceder uma forte contradição. É a sombra, que turva e cega, produto da capa negra do antropocentrismo, do especismo.

2. Por que não existiriam direitos não-humanos?

A tese é a de que a negação de direitos não-humanos está baseada em uma postura especista. Especismo, termo cunhado, em 1970, por Richard Ryder, pode ser traduzido como o preconceito ancorado no pertencimento ou não a uma espécie, nomeadamente a humana, para a admissão ou negação de direitos. Encontra paralelo no racismo, sexismo, nacionalismo. Se integrante da espécie humana, possui direitos; se não é da espécie humana, não é titular de direitos. Critério simples, taxativo, biunívoco: dentro, fora.

Impera colocar a tese à prova. Vou utilizar aqui apenas os animais não-humanos como referencial para atestar o acerto da afirmativa peremptória, dogmática, de que tão somente humanos são titulares de direitos. Deixo, neste particular, os demais seres vivos para um futuro escrito. Por que não seria cabível reconhecer direitos não-humanos?

1º argumento) Porque, segundo a teoria do Direito, só tem direito quem tem capacidade para também possuir dever. Como os animais não têm deveres, logo não podem possuir direitos. O argumento é falho. Em primeiro lugar, esta relação extrema entre direito e dever, condicionando um ao outro, não é acolhida nem mesmo para os seres humanos. Ora, um bebê, alguém com debilidade mental severa, em coma, sem mencionar o nascituro, não titularizam deveres, mas tal não impede que tenham direitos. Não há polêmica quanto a isto. O fato de animais não terem compreensão ou consciência de deveres, conforme normalmente se diz, não obsta que sejam titulares de direitos. Como se costuma assinalar, não serem agentes morais não implica que não sejam pacientes morais. Porém, a percepção de que os animais não possuem qualquer consciência de dever não é pacífica, não está devidamente comprovada. Alguns animais, pelo menos, demonstram uma compreensão de obrigação tanto no que tange aos de sua própria espécie (a mãe em relação aos filhotes, seja em causa da alimentação ou da proteção) quanto mesmo de espécies distintas, incluída a espécie humana (a lealdade de um cão, bastante para o animal defender o amigo humano com prejuízo da própria vida). Então, é preciso esclarecer de que obrigação se está a pensar. Se obrigação jurídica não, mas obrigação moral, ao que se afigura, sim, embora sem sanção social (a qual, dependendo da concepção que se adote, não é traço indispensável da obrigação moral). Ademais, mirando a facticidade, forçoso admitir que inúmeros animais possuem obrigações impostas por seres humanos (ao cachorro o papel de vigia, a vaca tem o dever de produzir leite na quantidade esperada, o burro de transportar a colheita, o cavalo de levar no dorso

seres humanos ou puxar a charrete, a foca de fazer malabarismos circenses), todavia com um enorme diferencial: o seu valor é dado, inúmeras vezes, exclusivamente pelo cumprimento (a contento) dos deveres impostos, isto é, da utilidade que tem, motivo pelo qual, se já não satisfazem tais obrigações exigidas, são descartados, o que significa que aqueles *direitos* que possuíam, instrumentalizados (como o de comer, como pontuou Marx, conferido a fim de mantê-lo em atividade, tal como uma máquina – a mais valia), desaparecem. Por outro lado, afirmar que os animais não possuem direitos porque a teoria jurídica averba que não possuem não significa nada a não ser um apego irrefletido ou uma visão tacanha tributária do argumento de autoridade, da tradição, do consenso, da legalidade, nenhum elemento que avalize a correção, a justiça da posição. Nesta esteira, se a teoria jurídica recusa direitos a seres não-humanos, o único desfecho: mude-se a teoria.

2º argumento) Porque só tem direito quem pode reivindicá-lo. Como os animais não podem defender direitos, não os têm. O argumento é falho. É evidente que animais reivindicam direitos. Para citar apenas duas ilustrações: 1ª) o cão que, sem comida, vira a cumbuca para chamar a atenção; 2ª) o pássaro que se debate contra as barras da gaiola não reivindica a sua liberdade ceifada? É preciso melhorar o argumento. Então se retoma de outra maneira: os animais não podem, por conta própria, demandar judicialmente direitos. Sim, é óbvio, a baleia que é caçada em afronta à convenção internacional, não vai, ela própria, caminhando (ou nadando), a juízo. Sim, e daí? O mesmo acontece com seres humanos. O bebê não vai engatinhando. Daí os institutos da assistência e da representação. Ou seja: os animais podem ser processualmente representados. A via judicial, engenharia humana, é uma via de manifestação da busca pela preservação dos direitos, mas não é a única. O fato de os animais não saberem operacionalizar, por si mesmos, a sistemática de acesso ao Judiciário (ou à Administração Pública, via

administrativa) nem significa que não possuem direitos e nem significa que pessoas humanas não possam representá-los.

3º argumento) Porque a titularidade de direitos depende da racionalidade, como os animais são irracionais, bestas, brutos, não são titulares de direitos. Mais uma vez, o argumento é falho. Em primeiro lugar, o conceito de razão, racional, é muito relativo. Homens, considerados, individual e enquanto espécie, como o ápice da racionalidade, foram capazes das maiores atrocidades, em condutas posteriormente consideradas irracionais, bestiais, brutais, ou, ao menos, como detentores de uma racionalidade estratégica, má, vazia de conteúdo, imoral.[11] Edgar Morin

---

11 Recordemos, a título de expressão da (ir)*racionalidade* humana, alguns relatos de tortura da época da ditadura militar brasileira, um fragmento da estupidez/barbárie (*lei da selva*) humana. "(...) que em determinada oportunidade foi-lhe introduzido no ânus pelas autoridades policiais um objeto parecido com um limpador de garrafas; que em outra oportunidade essas mesmas autoridades determinaram que o interrogado permanecesse em pé sobre latas, posição em que vez por outra recebia além de murros, queimaduras de cigarros; que a isto as autoridades davam o nome de 'Viet Nan'; (...) foi o interrogado tirado do hospital, tendo sido novamente pendurado em uma grade, com os braços para cima, tendo sido lhe arrancada sua perna mecânica, colocado um capuz na cabeça, amarrado seu pênis com uma corda, para impedir a urina; (...) que, ao chegar o interrogado à sala de investigações, foi mandado amarrar seus testículos, tendo sido arrastado pelo meio da sala e pendurado para cima, amarrado pelos testículos (...) Em São Paulo, a estudante Iára Ackselrud de Seixas, de 23 anos, viu seu irmão menor, com evidentes sinais de torturas, ser levado à sua casa pela polícia, conforme narrou em seu depoimento, em 1972: (...) 'alguns seres' que invadiram a casa, passando a agredi-la e aos demais, derrubando tudo, estando seu irmão, na ocasião, ensangüentado, mancando e algemado, tendo ele apenas 16 anos de idade (...) Na tentativa de fazerem falar o motorista César Augusto Teles, de 29 anos, e sua esposa, presos em São Paulo em 28 de dezembro de 1972, os agentes do DOI-Codi buscaram em casa os filhos menores deles e os levaram àquela dependência policial-militar, onde viram seus pais marcados pelas sevícias sofridas: (...) Na tarde desse dia, por volta das 7 horas, foram trazidos seqüestrados, também para a Oban, meus dois filhos, Janaina de Almeida Teles, de 5 anos, e Edson Luiz de Almeida Teles, de 4 anos, quando fomos mostrados a eles com as vestes rasgadas, sujos, pálidos, cobertos de hematomas (...). Sofremos ameaças por algumas horas de que nossos filhos seriam molestados (...) A companheira de César, professora Maria Amélia de Almeida Teles, também denunciou no mesmo processo: (...) que, inclusive, ameaçaram de tortura seus dois filhos; que torturaram seu marido também; que seu marido foi obrigado a assistir todas as torturas que fizeram consigo; que também sua irmã foi obrigada a assistir suas torturas (...)." Outros relatos de mulheres torturadas: "Em

retrata o homem como *homo sapiens sapiens demens*, tensão própria do paradigma da complexidade.[12] Vale lembrar Pascal: "A última tentativa da razão é reconhecer que há uma infinidade

---

Minas Gerais o mesmo se deu com a Professora Maria Mendes Barbosa, de 28 anos, segundo seu depoimento, em 1970: (...) nua, foi obrigada a desfilar na presença de todos , desta ou daquela forma, havendo, ao mesmo tempo, o Capitão Portela, nessa oportunidade, beliscando os mamilos da interrogada até quase produzir sangue; que, além disso, a interrogada foi, através de um cassetete, tentada a violação de seu órgão genital; que ainda, naquela oportunidade, os seus torturadores faziam a autopromoção de suas possibilidades na satisfação de uma mulher, para a interrogada, e depois fizeram uma espécie de sorteio para que ela, interrogada, escolhesse um deles (...). O Professor Luiz Andréa Fávero, de 26 anos, preso em Foz do Iguaçu, declarou na auditoria Militar de Curitiba, em 1970, o que ocorrera a sua esposa: (...) o interrogando ouviu os gritos de sua esposa e, ao pedir aos policiais que não a maltratassem, uma vez que a mesma se encontrava grávida, obteve como resposta uma risada; (...) que ainda, neste mesmo dia, teve o interrogando notícia de que sua esposa sofrera hemorragia, constatando-se, posteriormente, que a mesma sofrera um aborto (...). Entre tais inúmeras práticas bizarras, que a idiotice humana é capaz de gerar, inclusive animais foram utilizados em torturas. Em um único relato: "(...) a interroganda quer ainda declarar que durante a primeira fase do interrogatório foram colocadas baratas sobre o seu corpo, e introduzida uma no seu ânus (...)." Estes e outros depoimentos podem ser encontrados no livro *Brasil: nunca mais*. 38.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. Quem é o bruto? Quem é bestial? Fatos como estes percorreram a história da humanidade e seguem acontecendo. Mais recentemente, por ex., o livro *Operação padrão* e o filme *Um táxi para a escuridão*, ambos sobre as barbaridades cometidas quando da invasão do Iraque pelos Estados Unidos da América. Acontecimentos assim mostram que é imperioso continuar ocupado dos direitos humanos, o que não implica em exclusão dos direitos dos seres não pertencentes à humanidade, mesmo porque é possível/devido traçar um paralelo da conduta humana frente a outros seres humanos e perante seres não-humanos. Torturas variadas, violências sexuais, mutilações, encarceramentos, violências psicológicas, experimentos, trabalhos forçados, assassínios, foram realizados tanto em relação a seres humanos quanto não-humanos.

12 "Na história, a loucura com freqüência prevaleceu sobre a razão, a inconsciência sobre a consciência. (...) Pois quanta cegueira, hoje, entre os tradicionalistas, os modernos, os pós-modernos! Quanta fragmentação do pensamento! Quanto desconhecimento do complexo planetário! Quanta inconsciência em toda parte dos problemas chaves! Quanta barbárie mas relações humanas! Quantas carências do espírito e da alma! Quantas incompreensões! O progresso pela cultura? Não faz muito tempo o nazismo barbarizou o país mais culto do mundo! *Saint-Germain-des-Près* ou a *Sorbonne*, ideais do gênero humano? Será isso que suprime a mesquinharia, a inveja, a maldade? Será isso que dá lucidez e conhecimento de nossa situação no mundo? *(...)* o que significa civilizar a Terra, se a própria cultura e a própria civilização são um

de coisas que a ultrapassam." Por outro lado, não é procedente afirmar que os animais são irracionais, noção cada vez menos admitida. Animais são, indubitavelmente, dotados de racionalidade, ainda que distinta da pretensa racionalidade humana e que, em consonância com medição corrente, chega mesmo a superá-la. Acrescente-se que a racionalidade não é a antítese da emoção, do sentimento, da intuição. São complementares ou as duas faces da mesma moeda. Daí se falar, por exemplo, racionalidade emocional. E esta dimensão também está presente em animais. Acredito que não seja necessário investir em exemplos. Nada obstante, ser ou não ser racional, computada o caráter plurívoco ou a equivocidade da idéia, é indiferente para a atribuição ou a titularização de (pelo menos alguns) direitos. Interessa recordar que seres humanos irracionais, nos termos usuais do conceito, como os alienados, pessoas com forte deficiência mental, além dos bebês, não se vêem sem direitos pela sua condição. Interessa se os coelhos são racionais ou não quando são aplicados produtos químicos nos seus olhos, causadores de dor, cegueira e outros males? Interessa se os cães são racionais quando são obrigados a inalar fumaça, experimento capaz de levá-los ao óbito, a mais de provocar doenças?

4º argumento) Porque para ser titular de direito é indispensável a linguagem, a fala, como os animais não falam, não tem linguagem, não são sujeitos de direito. É preciso apontar para a falha do argumento? É consabido que animais se comunicam, possuem linguagem, ainda quando o ser humano não entenda os seus códigos. Basta recordar das baleias, dos macacos, dos golfinhos, dos cachorros. E a linguagem, sublinhe-se, não acontece apenas por sons, pode ser por gestos, mudança de cor, automutilação, sintomas variados, pelo olhar. Inclusive animais se comunicam com humanos: entendem o que seres humanos transmitem e vice-versa. Em uma pesquisa recente,

---

problema?" KERN, Anne-Brigitte; MORIN, Edgar. *Terra-pátria*. Tradução por Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 179 e 180.

várias pessoas que tinham cães ouviram, por meio de uma gravação, diversos latidos diferentes e tinham que dizer o que cada um exprimia: *stress*, medo, lamentação, chamamento por atenção, alegria. Todas as respostas foram certas. Entre outras tantas, uma recente pesquisa realizada na Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) atestou a comunicação entre animais da mesma espécie e de espécies diferentes.[13]

---

13 *Jornal do Brasil*, 3 de novembro de 2008. "Software traduz a 'fala' dos bichos. Programa desenvolvido por cientistas brasileiros detecta motivo por trás de cada som." E continua a reportagem: "Há tempos, a professora Daniella Moura e sua equipe de pesquisadores da Faculdade de Engenharia Agrícola (Feagri) da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) ouviam dos produtores de animais que existe uma correlação entre o som emitido pelos suínos, bovinos e aves e o estado em que eles se encontram. – Pintinhos quando sentem frio piam de maneira diferenciada de quando estão em conforto – indicou Daniella. – Porcas em lactação também chamam seus leitões para serem amamentados com grunhido distinto. A partir desta idéia, a equipe da Feagri desenvolveu um software para interpretar o idioma dos bichos, identificando se estão com fome, sede, cio, medo ou algum grau de estresse. – Avaliamos que não só existe uma comunicação entre espécies, mas uma vocalização para cada situação – explica Daniella. (...) – Há efetivamente uma comunicação entre os animais, o espectro mostra 'falas' que variam conforme a situação – garante Irenilda de Alencar Nass, uma das coordenadoras da pesquisa"." Infelizmente a investigação não foi desinteressada, ou seja, foi empreendida em favor da própria exploração dos animais, conforme a lógica especista/antropocêntrica. "O resultado da pesquisa, o software *Vocalização*, é uma ferramenta que comprova se os animais estão, durante toda a sua fase de criação, em bem-estar. – Quem exporta carne de suínos, bovinos ou aves precisa garantir a qualidade da carne – observa Daniella. – A comprovação do bem-estar do animal em vida é uma das garantias desta qualidade." Isto é: a finalidade última do bem-estar destes animais – ao final do seu tempo (empresarial) de criação, mortos, vez que o único propósito de criar os animais é este – é o bem-estar-humano (melhor qualidade da *coisa produzida*). No máximo, alguma consciência humana: "Segundo a professora, as maiores importadoras de carne brasileira visam a atender a demanda de um público que, embora coma carne, condena o sofrimento do animal durante o processo." É o bem-estarismo nas suas diferentes manifestações. É despiciendo dizer que o Direito dos Animais, de caráter abolicionista, não se contenta com isto. Faz-se mesmo uma crítica a medidas em prol da diminuição do sofrimento dos animais, tomadas sob esta alegação, providências bem-estaristas, porquanto elas podem funcionar como um estímulo à perpetuação deste estado de coisas, ou seja, em sentido inverso ao abolicionismo. Sintomático que a principal fotografia da reportagem é a de porcos confinados gaiolas ou baias. Na doutrina estrangeira, um dos críticos mais ferrenhos a tais medidas é Gary Francione, Professor de Direito e Filosofia

5º argumento) Porque o sujeito de direito deve ser alguém consciente de si, da sua individualidade, da sua vida, como os animais não são autoconscientes, não se enquadram no rol de titulares de direitos. O argumento é, ainda outra vez, falho. Autoconsciência é a compreensão do seu estado no mundo, de que está no mundo, uma capacidade de abstração para se ver de fora. Daí se dizer da consciência da morte, saber que a vida é finita. Bem, ademais de ressaltar que nem todo ser humano é autoconsciente, o que não é causa suficiente para pôr em dúvida a sua qualificação de sujeito de direitos, se alguns afirmam que a consciência da mortalidade é pressuposto para que se tenha direito à vida, a autoconsciência não é importante para o direito à integridade física ou o direito à liberdade. Mesmo em relação ao direito à vida a argumentação não é sólida. Ora, não saber de antemão que se vai morrer não implica que não se tenha direito à vida. Ao risco da morte é normal se agarrar a vida. Vale para o animal humano e não-humano, o que significa que ambos prezam as suas vidas, não querem perdê-la.

6º argumento) Porque se animais possuíssem direitos, como o direito à vida, o homem não poderia matar uma cobra, um rato (leptospirose) ou um mosquito (dengue), o que é o mais completo absurdo. O argumento é falho. Assim como um homem pode tirar a vida de outro em legítima defesa, é legítimo que um ser humano mate um animal que atente contra a sua vida. A lógica aplicada entre os seres humanos passa por uma elasticidade no que tange ao contato homem-animal, o que muitos adeptos do Direito dos Animais admitem: a ameaça, ainda que não eminente, ainda quando não como se exige para caracterizar a legítima defesa entre humanos, a possibilidade de transmissão de doença, mesmo que não grave a ponto de ensejar o falecimento, é comumente considerada motivo suficiente para

---

da Rutgers University (EUA). De Francione, disponível na internet, *site* Pensata Animal, Revista de Direitos dos Animais (www.pensataanimal.net), por ex., *A grande "vitória" do novo bem-estarismo* e *Os quatro problemas do bem-estar animal: em poucas palavras*.

justificar a morte do(s) animal(is). Conquanto se possa questionar o direito de matar quando a disparidade entre os danos é intensa (uma picada de inseto que produz um leve incômodo e o direito à vida do animal), fato é que, ademais de muitas vezes não ser dado saber previamente a extensão do dano, há algum prejuízo (inclusive patrimonial; cupins, por exemplo) ou contrariedade (o desejo de não ser picado independente do efeito), sem aludir ao mal-estar (ao limite mesmo da histeria) que muitas pessoas sentem diante de alguns animais, como as baratas. Daí se vai dizer que, na dependência da circunstância, a reação fica por conta de alguma liberalidade humana, o que não pode ser entendido como salvo conduto para qualquer atitude. Logo, compreensível matar piolhos. Equivalente no conflito entre animais: por exemplo, pulgas e carrapatos do seu cão. Direi que as hipóteses não são irrelevantes para o Direito dos Animais, mas são casos marginais, extravagantes. Direi que existem questões mais graves ou melhor que ensejam menos polêmica, que podem ser enfrentadas primeiro, pois sem qualquer ônus sério, gravoso, para a vida humana. E mesmo que se considere alguma perda de maior envergadura é preciso levar em conta que os animais não oportunizaram qualquer ameaça, estão, neste sentido, inteiramente inocentes. Aqui a discussão acerca da caça esportiva, do vestuário de pele, da experimentação com animais ou do consumo de carne. Tal como a concepção da legítima defesa, a incidência do estado de necessidade. Em resumo: o fato de alguém poder legitimamente tirar a vida de outro não resulta que este não possui (por princípio ou genericamente) direito à vida.

7º argumento) Porque a titularidade de direitos foi dada por Deus, somente o homem tem alma, como os animais não foram criados à imagem e semelhança de Deus, como são mortais, não têm direitos. Esta é a última fronteira: quando todas as outras alegações perecem, lança-se mão desta argumentação que, não à toa, é a mais difícil de provar, se é que possível. Separem-se os argumentos, ambos falhos. Crer que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus é acreditar que o

homem é um ser especial, o ser supremo da criação, intrinsecamente superior a todos os outros, é uma profissão de fé, de ordem metafísica, baseada em textos considerados sagrados. Não passam de discursos (humanos, não divinos), muitos retorquirão. Já foi dito que, se o jacaré viesse a representar Deus, Ele teria a sua imagem e semelhança. O homem foi criado à imagem e semelhança de Deus ou foi/é Deus criado/percebido à imagem e semelhança do homem (com razões/sentimentos humanos)? Deus não teria reconhecido direitos aos demais seres que Ele próprio criou. O problema que contamina a assertiva é que ela é explanada por homens (reputados veículos de Deus), que não curiosamente têm a sua titularidade declarada. Asseverar, por outro lado, que o homem tem alma é uma compreensão, não a única (muitos negam), considerada amiúde um artigo de fé. Comprovada cientificamente? Seja como for: por que os animais não teriam alma? Onde a certeza desta afirmação? Aliás, parece vir ganhando mais partidários a idéia contrária, de que também os animais possuem alma. Todavia, tudo isto é, no mínimo, irrelevante para o reconhecimento de direitos aos animais. O que o direito à integridade física ou à liberdade tem que ver com se possuir ou não alma? Pode-se pensar precisamente o inverso. Isto é: porque o animal só tem uma vida (muitas vezes naturalmente mais curta que a vida corporal humana) – ao invés do homem que ou reencarna ou possui alma (imortal) e, portanto, tem a eternidade à disposição –, a vida do animal é mais importante, deve ser conferido a ela um valor maior, pois o animal só tem esta existência, a única chance para ser feliz, gozar da sua vida, liberdade, propensões físicas. E, desta feita, as agressões humanas assumem maior gravidade.

3. Quem são os titulares dos direitos não-humanos? Que direitos?

Quando a intenção é ridicularizar o movimento pelo Direito dos Animais, o que vem como autodefesa, pois convenhamos que a aceitação de direitos não-humanos implica em profunda mudança no estilo de vida da enorme maioria das pessoas, pergunta-se em exclamação: primeiro direito dos animais, depois direitos para as plantas?! Arremata-se, então, com sarcasmo: Que disparate!

Calha registrar que o mesmo já foi afirmado, *v.g.*, em relação às mulheres. Dizia-se: veja-se o desatino de admitir que as mulheres têm direitos, logo irá se querer defender direitos dos animais! Notadamente no que tange aos pleitos do movimento feminista.

Pois é. Conquanto não seja preciso dizer que as compreensões atinentes ao Direito dos Animais/Ecologia Profunda tenham historicamente surgido posteriormente ao movimento feminista, à emancipação (ainda em curso) das mulheres, algo como um desdobramento seu – haja vista que tais entendimentos já eram erguidos e vivenciados antes, sendo certo também que a história não é retilínea, que pessoas professaram os mesmos ou similares ideais em épocas e lugares variados, muitas vezes sem o reconhecimento convencional ou *oficial* da história, de maneira desconhecida ou minoritária –, fato é que se faz um paralelo entre a dominação do homem sobre a mulher e a subjugação da humanidade, sobretudo a masculina, frente aos animais, à natureza. O Direito dos Animais, a Ecologia Profunda, denunciam/repudiam o androcentrismo, a misoginia. Daí o que se veio a denominar de ecofeminismo.[14] Cumpre reconhecer que os malefícios causados aos animais, à natureza, a posição de mando, a percepção de uma guerra a ser travada contra os outros seres (humanos e não-humanos), a arrogância de se ver

14 *V.g.*, KHEEL, Marti. *Nature ethics: an ecofeminist perspective*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2008.

senhor do mundo, são, antes ou sobretudo, traços que parecem caracterizar mais propriamente o sexo masculino.[15]

Mas, voltemos para a tentativa da ridicularização. Então, quando alguém, maliciosamente ou não, indaga: mas, além de acatar direitos dos animais, também defende direitos das plantas? Direitos para os vegetais? E, nesta seqüência, a contestação feita na expectativa de derrubar, por incoerência, o Direito dos Animais: se não devo comer carne, em prol da vida do animal, igualmente não posso comer vegetais, verduras, legumes, pois são também seres vivos. Qual a diferença entre um boi e uma alface, entre um porco e uma cenoura? Entre cortar a pata de um cavalo e podar o galho de uma árvore? Responder pela igualdade total é flagrantemente absurdo.

Diante destas impugnações/interrogações, o erro tem sido, por vezes, não responder pela sensação de que é deboche ou pilhéria ou por considerar as oposições/indagações tão despropositadas, estapafúrdias, autorrespondíveis. Pior é responder que as plantas realmente não possuem qualquer direito, que elas não têm direito a nada. Todavia, é comum a afirmação, inclusive entre os adeptos do Direito dos Animais, de que as plantas não possuem direitos porque não satisfazem ao requisito da senciência (utilizado como linha demarcatória para ingressar no rol de sujeitos de direitos).[16]

---

15 Esta compreensão não é isenta de polêmica, muito pelo contrário. Homens e mulheres compõem a humanidade e, assim, as responsabilidades compartilhadas. Mas, historicamente, o homem, genericamente, assumiu um comportamento distinto, seja pela cultura ou por alguma propensão ou temperamento. A assimetria das responsabilidades fica patente em razão da própria dominação/exploração/instrumentalização exercida sobre a mulher. Também, especialmente, em uma linha afinada à Ecologia Profunda há uma valorização da dimensão feminina, de características tomadas como mais identificadas com a mulher. BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela Terra*. 10.ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 96-103, 139 e 140.

16 Esta posição talvez seja até majoritária entre aqueles que reconhecem direitos dos animais. Por todos, um dos nomes mais destacados na defesa do Direito dos Animais, Gary Francione. De Francione, *Uma pergunta freqüente: e as plantas?* Em trecho que faz uma comparação a meu ver deveras infeliz: "As

A questão é que as contestações/perguntas possuem uma lógica básica, qual seja, a de que os vegetais também são seres vivos – e o Direito dos Animais não pode ser cego a este fato. Por isto, sustento, no caminho da Ecologia Profunda, que também as plantas têm direitos. O que vive tem direito à vida. Simples assim. O que passa é que reconhecer direitos não significa reconhecer os mesmos direitos a todos. Deve-se buscar uma relação de equivalência, em consonância com a natureza de cada ser. Indiscutível é que não é irrelevante cortar uma árvore, não porque o ato causa algum malefício aos seres humanos, mas pela árvore em si. Pense-se em uma árvore de 1000 anos ou mais (como pinheiro, jequitibá ou sequóia – algumas com 2000, 3000 anos) majestosa, enorme, que já estava aqui muito antes de nós nascermos, mas pense-se também na mais jovem, pequena, frágil e humilde arvorezinha, todas, individualmente, possuem valor intrínseco.

Admitir que as plantas são também titulares de direitos não acarreta interdição absoluta de cortar uma árvore, de plantar e colher. A lógica, pilar da Ecologia Profunda, é afetar a natureza, os outros seres, os ecossistemas, o menos possível, quando haja razão robusta, pautar-se pelo necessário. É um não ao exagero, ao consumismo, ao supérfluo. Expressa uma negativa à desconsideração da vida não-humana nas suas diversas manifestações. Assume-se uma posição de humildade, de encantamento e identificação com o diferente. Novamente, o conceito de estado de necessidade fornece baliza. Ainda que a vida

---

plantas são diferentes, no plano qualitativo, dos animais humanos e dos animais não-humanos sencientes, pois as plantas com certeza são seres vivos, mas não são sencientes. As plantas não têm interesses. Não há nada que a planta deseje, ou queira, ou prefira, porque não há nenhuma mente, ali, para se incumbir de tais atividades cognitivas. Quando dizemos que uma planta 'precisa' de água ou 'quer' água, não estamos afirmando nada sobre o estado mental da planta, assim como não estamos afirmando nada sobre o estado mental do motor de um carro quando dizemos que ele 'precisa' de óleo ou 'quer' óleo. Pode ser do *meu* interesse pôr óleo no meu carro. Mas não é do interesse do meu carro: meu carro não tem interesses."

seja complexa, multifacetada, que a vontade humana demande desenvolvimentos tecnológicos, de conforto, na perseguição de novos e mais elevados estágios de civilização, em proveito do bem-estar humano, o que certamente vai suscitar questões intricadas, controversas, vai pôr em cheque a noção de indispensável, o primeiro passo (e já é uma grande passada) é levar em conta os seres não-humanos (sua vida, seus interesses), porquanto a humanidade não está sozinha e os outros seres não existem em função dela.

Aceitar que o homem tem direito à vida, que o cavalo tem direito à vida e que uma aroeira tem direito à vida não leva à conclusão que a morte de cada um destes seres tenha o mesmo significado. Flagrantemente, cortar a perna de um leopardo não é igual a tirar um fruto de uma árvore, assim como cortar o pescoço de uma galinha não é o mesmo que sacar uma batata da terra. A compleição física dos animais é notoriamente distinta do organismo dos vegetais. Entende-se não estar provado que uma árvore sente dor, ao contrário de um pato ou de um peru, o que, por outro lado, não significa que o vegetal não tenha nenhuma sensibilidade. Neste aspecto, a proximidade do animal humano com o animal não-humano é maior, enseja maior reconhecimento das mesmas ou semelhantes sensações: dor, medo da morte, vontade de liberdade, abandono, afeto, confiança, frio, calor, sono, cansaço, depressão, alegria.

Vários critérios são ventilados para estabelecer uma lógica consentânea com o reconhecimento de direitos, acabando por sopesar ou hierarquizar a vida. Proclamam alguns, inclusive dentro do Direito dos Animais: nem todos os animais têm direitos. Somente os animais sencientes possuiriam direitos. Senciência: capacidade de sentir dor, de sofrer; mais, capacidade de entender que é um ser vivo, um indivíduo, e que ostenta a aptidão para sentir dor/sofrer, que entende e busca a própria felicidade, o seu bem-estar. Isto, em tese, segundo opinião difundida, excluiria inúmeros animais. E a dúvida que persiste acerca se vários animais experimentam a dor? Por exemplo, há quem

coloque isto em dúvida em relação aos insetos. Em hipóteses como esta, a resposta que costuma ser dada é invocar o benefício da dúvida.

Contudo, a pergunta que permanece é: sentir dor, a senciência, é fator determinante para qualificar um ente como titular de direito? Supondo, um ser vivo que não sente dor não tem direito sobre a própria vida? Como definir a dor? Como definir a consciência? No limite, o critério da dor pode se fechar em si mesmo, conduzindo que o mais relevante é não impingir dor aos outros seres, desprezando a própria vida. Nesta vertente, mas aqui já não se está no campo do Direito dos Animais, conforme tipicamente formulado, alguns vão sustentar a legitimidade da criação bem-estarista para o abate e o próprio abate sem dor (se é que é possível), vez que o direito que o animal teria é o de não sentir dor, de não sofrer, mas não o direito à vida.

Segundo penso, o critério da senciência, aquele que parece ser o mais adotado, induvidosamente o mais citado, é insuficiente. Não preciso me valer do benefício da dúvida para colmatar uma lacuna deixada pela dificuldade de comprovação da senciência. Posso simplesmente dizer que o inseto tem direito à vida, ao seu corpo íntegro, à procura do seu próprio bem, pois inerentes à sua condição de ser vivo. Não custa anotar que adotar como parâmetro para a titularidade de direitos a proximidade/semelhança com caracteres humanos (quanto mais chegado ao ser humano maior a probabilidade de ser sujeito de direito, mais direitos possui) incorre no que se intenta combater: o especismo.

Um outro argumento contrário ao Direito dos Animais/ Ecologia Profunda, argumento que também soa como zombaria, é o de que é incongruente reconhecer direitos aos animais e às plantas porque seres não-humanos são incapazes de compreender/exercer certos direitos humanos. Sim, é obviamente uma verdade. A associação falaciosa é: como seres não-humanos não podem titularizar alguns direitos, então não podem titularizar nenhum. Ora bem: animais não-humanos não titularizam

direito à educação, direito à sindicalização, direito eleitoral. Natural: titularizam direitos conforme a sua natureza.

Os dois direitos fundamentais que seriam absolutos, segundo Norberto Bobbio, os animais não-humanos possuem: direito a não ser torturado e direito a não ser escravizado. E outros para além daqueles já citados, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à vida sexual/reprodução, direito à saúde (política pública, assistência veterinária gratuita; já existem leis estipulando explicitamente esta obrigação estatal, como no Município de Volta Redonda, Rio de Janeiro), em relação aos cães se discute hoje o direito a um espaço condigno com as suas aptidões naturais (cães grandes em apartamentos pequenos). Em um divórcio, com quem fica o animal? Disputas já variadas vezes levadas às raias do Judiciário. Assim como se invoca o *princípio* do melhor interesse da criança, é cabível cogitar do *princípio* do melhor interesse do animal. O Estado tem obrigação legal/constitucional de ter abrigos para animais que vivem nas ruas, ao léu.

Ressalte-se mais uma vez: o fato de seres não-humanos titularizarem direitos não importa que tais direitos não possam ser restringidos ou mesmo inteiramente suplantados. Nenhuma novidade. O mesmo serve para os direitos humanos.

4. Respondendo mais quatro objeções contra o Direito dos Animais e a Ecologia Profunda: caracterização

Reúno aqui mais quatro objeções levantadas ao Direito dos Animais/Ecologia Profunda.

1ª objeção) Não é cabível considerar direitos dos animais e nem direitos da natureza quando os direitos humanos são rotineiramente violados, estão longe de alcançar a efetividade plena, quando há tanto ainda por fazer em favor dos direitos do homem. Se nem os direitos humanos são respeitados, como defender direitos dos animais ou da natureza? A objeção é simplista, pobre, além, é claro, de antropocêntrica. A complexidade da existência, posta inevitavelmente em interação, as nuances, a riqueza da vida não suporta uma noção assim simplória, egoísta,

auto-centrada. É a mesma idéia que por vezes se defende no que se refere aos direitos humanos. Após estatuir uma hierarquia de direitos, os direitos de estatura mais baixa só poderiam ser atendidos após a satisfação daqueles de grau superior. A tese, que exposta assim pode soar adequada, perfeita, perde força perante a pluralidade do mundo, a variedade das hipóteses. Não se poderia investir em esporte enquanto não se resolvesse o *deficit* do serviço público de saúde? Não se poderia investir em educação enquanto não se terminasse com o flagelo da fome? Os problemas não se solucionam assim, pelo menos não desta maneira segmentada extremada.

Humanos cuidam de outros humanos e humanos cuidam de animais, da natureza. Não quer dizer que quem se ocupa dos animais, da natureza, relega a humanidade. Os animalistas e os ecologistas não são misantropos, não abominam e nem desprezam a humanidade. Três pontos, nesta sede, são verdadeiros. 1) Muitos defensores dos animais, da natureza, desenvolvem, conjuntamente, trabalhos diretamente em favor de seres humanos. 2) Atuar em favor dos animais, da natureza, é um modo de agir em prol da própria humanidade. O fato de, por vezes, se colocarem do lado de direitos não-humanos contra direitos humanos não é sinal de antipatia, ódio, desconsideração para com a humanidade. Eventualmente, podem até estar errados (como igualmente acontece no terreno das colisões entre direitos humanos), mas tal não significa que sejam inimigos da humanidade. 3) Há que reconhecer que muitos que fazem uso deste argumento são exatamente aqueles que nada fazem em qualquer esfera: nem para os animais, nem para a natureza e nem para os seres humanos.

2ª objeção) Os adeptos do Direito dos Animais/Ecologia Profunda são pessoas materialmente abastadas, que vivem confortavelmente, e por isto têm tempo para se dedicar aos animais, à natureza. Outra variação da objeção: estes são assuntos condizentes com países ricos, que já superaram as mazelas humanas elementares, pois as nações/sociedades pobres não têm oportunidade de se ocuparem de tais temas. Esta objeção pode ser

derivada de um inverídico imaginário possivelmente formado a partir de figuras proeminentes dos movimentos. Por ex., Arne Naess, que cunhou a expressão *Deep Ecology*, personalidade emblemática, foi professor da Universidade de Oslo, capital da Noruega, um dos países considerados mais desenvolvidos do mundo. Uma gama expressiva de autores/ideólogos/ativistas do Direito dos Animais reside em países classificados como de *capitalismo avançado*, com destaque para os Estados Unidos, a exemplo de Steve Wise, Gary Francione, Peter Singer (nascido na Austrália) e Tom Regan.

Nada mais falso. Em primeiro lugar, não somente nos locais do denominado *capitalismo avançado* ou *primeiro mundo* as concepções do Direito dos Animais, da Ecologia Profunda, frutificam. O texto da Constituição do Equador, de 2008, trouxe previsão vanguardista, inédita no constitucionalismo mundial, na linha do reconhecimento da natureza como titular de direitos, bandeira da Ecologia Profunda. Deita o art. 10: "***La naturaleza será sujeto de aquellos derechos** que le reconozca la Constitución.*"[17] O art. 71 dispõe: "***La naturaleza o Pacha Mama**, donde se reproduce y realiza La vida, **tiene derecho** a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los **derechos de la naturaleza**.*"[18] O ímpeto pela edificação de um novo relacionamento com os demais animais e com a natureza de um modo global (individual e sistêmico), em padrões de harmonia, respeito, integração, não é privilégio de habitantes de *países ricos*. Uma pesquisa, ao redor do mundo, pelas Constituições revela que previsões pioneiras estão sediadas em Constituições de países do chamado *terceiro mundo*. Exemplo é dado pelo art. 33 da Constituição boliviana, de 2009: "*Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, pro-*

17 Grifos acrescentados.

18 Grifos acrescentados.

*tegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, **además de otros seres vivos**, desarrollarse de manera normal y permanente."*[19]

A objeção que estou a refutar é mais uma manifestação do reducionismo, do maniqueísmo, tão ao gosto de muitos seres humanos, visão tosca que desconhece a complexidade da questão, a pluralidade, a universalidade da problemática e da iniciativa por soluções em bases próprias do Direito dos Animais e da Ecologia Profunda. Entretanto previsões de vanguarda na Constituição da Suíça[20] e na Constituição da Alemanha,[21] a Constituição da Índia prevê o dever de *compassion for living creatures*[22]. Países que mais caçam baleias, fazendo *lob* pelo afrouxamento das tratativas existentes, na Comissão Baleeira Internacional, *nações baleeiras*, são Japão, Noruega e Islândia, todos países do

19 Grifos acrescentados.

20 Destacadamente, a seguir. Art. 84, 1: "*La Confédération protège les régions alpines contre les effets négatifs du trafic de transit. Elle limite les nuisances causées par le trafic de transit afin qu'elles ne portent pas atteinte aux êtres humains, aux animaux, aux plantes, ni à leurs espaces vitaux.*" Art. 104, 3, *b*: "*1 La Confédération veille à ce que l'agriculture, par une production répondant à la fois aux exigences du développement durable et à celles du marché, contribue substantiellement:* (...) *3 Elle conçoit les mesures de sorte que l'agriculture réponde à ses multiples fonctions. Ses compétences et ses tâches sont notamment les suivantes:* (...) *elle encourage, au moyen de mesures incitatives présentant un intérêt économique,les formes d'exploitation particulièrement en accord avec la nature et respectueuses de l'environnement et des animaux;*" Art. 120, 2: "*La Confédération légifère sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique dês animaux, des végétaux et des autres organismes. Ce faisant, elle respecte l'intégrité des organismes vivants et la sécurité de l'être humain, de l'animal et de l'environnement et protège la diversité génétique des espèces animales et végétales.*"

21 O art. 20A, em inglês: "*[Protection of the natural foundations of life and animals] Mindful also of its responsibility toward future generations, the state shall protect the natural foundations of life and animals by legislation and, in accordance with law and justice, by executive and judicial action, all within the framework of the constitutional order.*"

22 Art. 51A, *g*: "*It shall be the duty of every citizen of India* (...) *(g) to protect and improve the natural environment including forests, lakes, rivers and wild life, and to have compassion for living creatures;* (...)"

primeiro mundo. Digno de nota é que a recente lei da Catalunha (Lei nº 28/2010) que bane, a partir de 2012, as touradas na região é lei de iniciativa popular.

Ademais, a extrema gravidade dos danos ecológicos, de escala planetária, a acelerada degradação ambiental, com efeitos terríveis e alguns já irreversíveis, resultados como a extinção de espécies de animais e plantas, seca/desertificação/inundações, perda de áreas de gelo (não apenas nas regiões polares; nos Andes, por ex.), afetam potencialmente de maneira mais intensa, como sói ocorrer, as populações mais pobres, por isto mais vulneráveis.[23] Daí que a questão ecológica, ao invés de ser uma preocupação exclusivamente dos ricos, é uma questão (talvez até mais emergencial) dos pobres. Não é um luxo de abastados, é a questão premente de todos, *a questão das questões* (Leonardo Boff), motivo pelo qual não há salvação individual/egoísta: ou todos se salvam ou todos perecem.[24] E *todos* não são apenas todos os seres humanos.

Nunca houve tanto desmatamento, tanta poluição (da terra, do ar, da água), tanta afetação da vida dos animais (alteração do ambiente, prisões, imposição de dor, morte) como a partir do século XX. É consabido que a maior causa do desmatamento da floresta amazônica é o avanço da fronteira pecuária (indústria da carne). Produtores de soja querem expandir

---

23 Nada obstante, o fato é que ricos e pobres, todos estão sujeitos. É a democratização da catástrofe."Fuga em massa do calor. Mundo terá pelo menos 200 milhões de migrantes climáticos em 2050." O relatório foi divulgado na Conferência das Nações Unidas sobre o Clima. *O Globo*, 11 de junho de 2009, p. 33.

24 "Todos os seres da Terra estão ameaçados, a começar pelos pobres e marginalizados. E dessa vez não haverá uma arca de Noé que salve alguns e deixe perder os outros. Ou todos nos salvamos, ou todos corremos o risco de nos perder. (...) O argumento não é difícil: ou nos salvamos todos num sistema se convivência solidário e participativo da nave-Terra – e para isso se impõem transformações fundamentais –, ou por meio da indignação e de levantes podemos fazer explodir a nave e, assim, nos precipitar todos no abismo. Pois é a consciência desse risco que está crescendo mais e mais no mundo. Há um perigo global, e por isso se faz necessária uma salvação global." BOFF, Leonardo. *Ecologia, mundialização, espiritualidade*, cit., p. 28 e 35. Cf. tb., em especial, p. 29 e 30.

o plantio na área do pantanal. Isto sem contar o problema dos transgênicos, organismos geneticamente modificados, agrotóxicos[25] e a perda ecológica proporcionada pela monocultura. O enorme aumento da pesca (indústria pesqueira), somado à pesca qualificada como predatória (pesca de arrasto, por ex.), produziu um devastador efeito nos mares e nos rios, inclusive com a extinção e escassez de espécies (bacalhau em Portugal, por ex.), traduzindo uma atividade que já foi classificada, dado o seu poder destrutivo/extenuante, como de mineração (Truda).[26] Os mares não conseguem repor o que se retira dele, corais (como em Recife) já não conseguem se regenerar. Sucedem-se, nos oceanos, as denominadas *zonas mortas*.

Como vivemos em inter-relação, como a vida se apresenta invariavelmente em cadeia, corrente, contatos, como há uma interdependência vital, já tendo sido o planeta caracterizado como uma grande entidade viva, um grande organismo, Gaia, vez que o ecossistema é global, imprescindível uma compreensão holística, integral, compreensão esta que não admite a citada divisão entre pobres e ricos, como se os problemas e as soluções não dissessem respeito a ambos. Ora, o sofrimento de um animal que é esfolado para a extração da sua pele/couro não varia no espaço: é o mesmo na África, no Brasil, nos Estados Unidos ou na Dinamarca. A morte é a mesma, a supressão da liberdade também, etc. O holocausto é universalizado, não conhece demarcações nacionais e nem extratos sociais.

Por fim, basta lançar um ligeiro olhar sobre aqueles que trabalham pela abolição da exploração dos animais, bem como dos ecologistas profundos, não apenas no Brasil, para verificar claramente que a imensa maioria destas pessoas não são

25 Sobre isto, ver o documentário *The world according to Monsanto*.

26 A emblemática expressão foi empregada por José Truda Palazzo Júnior, que foi, durante anos, representante oficial do Brasil na *International Whaling Commission*, em exposição realizada no II Encontro Carioca de Direito dos Animais, acontecido nos dias 18 e 19 de novembro na Faculdade de Direito da UFRJ.

endinheiradas. São pessoas que reservam uma parte do seu tempo ou mesmo a maioria ou a totalidade do seu tempo em favor da causa animal e ecológica. Isto com eventual prejuízo da possibilidade de maiores ganhos materiais. Tempo que poderia ser ocupado com lazer ou com o exercício de buscar ganhar mais dinheiro é destinado aos animais, à natureza. Há um heroísmo também aqui. Quem sabe o que realmente se passa, sabe que a crítica, ora refutada, degringola em uma grande injustiça.

3ª objeção) Se as teses do Direito dos Animais e da Ecologia Profunda prosperarem, alterarem os padrões econômicos/morais/políticos que alicerçam a presente sociedade humana, haverá uma involução da humanidade, um retrocesso frente ao estágio já alcançado de civilidade, de bem-estar, de conforto. Será uma negação da tecnologia, da ciência, da indústria, da vida urbana, no rumo de um romântico ou mítico primitivismo. Seria regredir no tempo/na história. O Direito dos Animais e a Ecologia Profunda são, portanto, incompatíveis com uma economia pujante, com a melhoria das condições de vida humana. Objeção equivocada, irrefletida, apocalíptica, a qual, quando não ingênua, encobre interesses pouco altruístas ou inconfessáveis.

Antes de afirmar que o Direito dos Animais e a Ecologia Profunda são refratários ao desenvolvimento é preciso definir o que é desenvolvimento. O que é civilidade, urbanidade, discutir a bioética, pensar acerca da sociedade de consumo, refletir sobre o capitalismo, suas bases, suas mazelas,[27] meditar por alternativas ao s*tatus quo*. Não se chegou ao *fim da história*. Ou o *fim da história* pode ser uma hecatombe ecológica.[28]

---

27 Em tempos de *homo oeconomicus*, onde o capitalismo de lugar-comum parece se afigurar, como querem muitos, como o único lugar ou o lugar final, não é dado ignorar que a esquerda (partidos, sindicatos, grupos) ou regimes que se assumiram ou se assumem como socialistas/comunistas foram ou são, em maior ou menor escala, cegos aos direitos dos animais, bem como a uma perspectiva ecológica não-antropocêntrica. A crítica é também aqui genérica.

28 Fazendo um quadro da catástrofe em curso, o documentário *An inconvenient truth*.

É certo, sem embargo, que a adoção do Direito dos Animais incute uma revolução em hábitos assentados, uma considerável modificação do paradigma econômico: parques aquáticos, oceanários, aquários, zoológicos, circos, comércio de pele, comércio de carne, caça, por exemplo. E evidentemente isto vai ter um efeito bombástico no mercado.

Ora, se a indústria que lucra com a matança de baleias terminar, se a ilegalidade for combatida, se as cotas permitidas de matança forem abolidas em favor da proibição total, haverá desemprego entre aqueles que participam desta atividade. E daí? É assim mesmo. Que se busque, mas tal não é um processo apenas individual (imperioso ser coletivo, ser entendido como demanda comunitária, isto é, política pública), outra fonte de subsistência. Como aponta Arne Naess, não existe *vital need to kill whales*.[29] Em raciocínio idêntico, quando a escravidão humana foi abolida houve um impacto no mercado e pessoas que viviam desta prática se viram prejudicadas. Porém, este prejuízo não foi suficiente para justificar ou manter a escravidão. Por quê? Porque, antes de todo o mais, o julgamento é moral. Pessoas exercem o tráfico de órgãos humanos, o tráfico de outras pessoas (para prostituição ou trabalho em condição análoga a de escravo), praticam corrupção, estupram, torturam, efetuam seqüestros, assassinatos, entre outros atos ignóbeis/criminosos, e não importa o benefício que tais práticas gerem aos seus agentes, elas não são toleradas. São, a despeito de qualquer estímulo comercial ou outro apelo, imorais, ilícitas.

A Ecologia Profunda não defende que a humanidade não possa afetar a natureza, outros seres, mesmo porque isto é simplesmente impossível, faz parte da vida fatalmente compartilhada, não há isolacionismo. Do relacionamento inerente, da interconexão, a humanidade tem direito a florescer, não está limitada a perecer, a viver mal, indignamente. O que ela

---

29 NAESS, Arne. *The basics of the deep ecology movement*. *In*: *The ecology of wisdom: writings by Arne Naess*, cit., p. 113.

propugna é que na relação com os demais seres, com a natureza, não é só o interesse humano que deve ser tomado em conta e não é todo interesse humano que irá prevalecer. Apregoa que a interferência humana na natureza deve ser balizada pelo necessário, informada pela virtude/elegância da simplicidade material, mesmo porque, a partir do abandono do antropocentrismo, entende-se que a vida de outros seres, que os ecossistemas, não existem em função do homem, para o bel-prazer da humanidade, não estão ao seu serviço, não é este o propósito das suas existências (valor instrumental). Daí o conceito de *biospherical egalitarianism, the equal right to live and blosson*;[30] nas palavras de Alan Dregson, *respect for the intrinsic worth of all beings*.[31]

Em 1984, Arne Naess e George Sessions sistematizaram oito pilares da Ecologia Profunda (*The Deep Ecology Platform*), a seguir. *1. The well-being and flourishing of human and non-human life on Earth have value in themselves. These values are independent of the usefulness of the non-human world for human purposes. 2. Richness and diversity of life forms contribute to the realization of these values and are also values in themselves. 3. Humans have no right to reduce this richness and diversity except to satisfy vital needs. 4. The flourishing of human life and cultures is compatible with a substantial decrease of the human population. The flourishing of non-human life requires such a decrease. 5. Present human interference with the non-human world is excessive, and the situation is rapidly worsening. 6. Policies must therefore be changed. The changes in policies affect basic economic, technological, and ideological structures. The resulting state of affairs will be deeply different from the present. 7. The ideological change is mainly that of appreciating quality*

30 NAESS, Arne. *The shallow and the deep: long-range ecology movement*. *In*: *The Deep Ecology Movement: an introductory anthology*. Organizado por Alan Drengson e Yuichi Inoue. Berkeley: North Atlantic Books, 1995, p. 4.

31 DRENGSON, Alan. *Introduction*. *In*: *The ecology of wisdom: writings by Arne Naess*, cit., p. 27.

(dwelling in situations of inherent worth) rather than adhering to an increasingly higher standard of living. There will be a profound awareness of the difference between big and great. 8. Those who subscribe to the foregoing points have an obligation directly or indirectly to participate in the attempt to implement the necessary changes.

A rotineira apologia do crescimento econômico, discurso que domina amplamente o debate político/eleitoral – estimular a produção, incentivar o consumo, mais empregos, mais bens para uma população humana cada vez maior – é comprovadamente ecologicamente insustentável.[32] Denunciam-se o imenso poderio das corporações, nacionais e multinacionais,[33] os danos/custos ambientais do agronegócio, da indústria da carne (além do desmatamento, poluição do ar [gás metano], do solo, da água),[34] além, obviamente, da *coisificação* dos animais (*e.g.*,

32 Muitos estudos demonstram que o planeta já não consegue satisfazer as elevadas demandas humanas, aumentadas em um ritmo exponencial nas últimas décadas. A continuar assim, em poucos anos seriam necessários dois planetas como a Terra. Na imprensa: "Humanidade está em débito com planeta. Consumo de recursos naturais excede em 30% capacidade de recuperação." *O Globo*, 29 de outubro de 2008, p. 34.

33 Além do já citado documentário *The world according to Monsanto*, assistir *The corporation*. De Michael Moore, *Capitalism: a love story*, sobre o que se entende ser ou ter sido a última crise cíclica do capitalismo (*subprime*, etc.). Tb. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 40-83.

34 É estranho que o documentário *An inconvenient truth* não faça nenhuma alusão à degradação ambiental provocada pela criação de animais para abate. A rigor, sabido o contexto, não é espantoso. Um contraponto, enfocando detidamente os efeitos ecológicos nocivos, é o documentário *Meat the truth* (conhecido também, no Brasil, como *Uma verdade mais que inconveniente*). É cada vez mais conhecida a associação entre o consumo de carne e o aquecimento do planeta. Insuspeita, pelo seu próprio teor, a notícia publicada por *O Globo*, 11 de fevereiro de 2009, p. 28, com o título: "A dieta do clima. Coma menos carne e combata o aquecimento." A seguir: "O estudo realizado por especialistas da Agência de Impacto Ambiental da Holanda concluiu que os hábitos alimentares modernos – calcados numa dieta rica em carne vermelha – têm um impacto significativo no aquecimento do planeta. (...) Em primeiro lugar, porque quanto mais a dieta global for baseada no consumo de carne, maior terá que ser a criação e, portanto,

etiquetados com as iniciais do seu dono).[35] Acompanha, como notório, a degradação das instituições políticas, da democracia representativa, tomada pelos representantes dos interesses do capital. Pessoas, como regra geral, não preocupadas com a natureza, com os seres não-humanos, nem mesmo, republicanamente, com os seres humanos. Em 2009, dos dezessete integrantes da Comissão de Meio Ambiente da Câmara dos Deputados, "pelo menos nove foram patrocinados por empresas de celulose, madeireira, fertilizantes ou de agropecuária."[36]

---

a área que deixaria de ser ocupada por vegetação – que naturalmente absorve carbono. Além disso, para alimentar os animais, há uma ampliação o cultivo de grãos, o que geralmente demanda o uso de energia geradora de emissões poluentes. Para se ter uma idéia, a produção (*sic*) de um único quilo de carne bovina demanda o gasto de 15 quilos de grãos e 30 quilos de forragem. Por último, mas não menos importante, há a questão da flatulência. O principal gás expelido pelos extensos rebanhos mundiais é o metano – um dos principais responsáveis pelo efeito estufa." É caro *produzir* carne. Reconhece-se que o redirecionamento da produção agrícola, destinada à alimentação do gado, para os seres humanos traduz decisivo fator para o combate à fome ao redor do mundo.

35 A mais dos dois documentários mencionados na nota de rodapé anterior, ver *A carne é fraca* e *Earthilings*.

36 Cf. *Jornal do Brasil*, 26 de abril de 2009, respectivamente, p. A6 e A12. A manchete: "Os 'agropolíticos' da comissão verde. Maioria na Comissão de Meio Ambiente da Câmara foi bancada pelo setor de agronegócios." Em outro trecho: "As reclamações dos ambientalistas de que a presença maciça do agronegócio enfraquece o discurso da Comissão de Meio Ambiente e desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados não abalam os integrantes da comissão ligados ao setor. Tampouco os constrange a acusação de que defendem os interesses de seus financiadores. – Não vejo conflito de interesse nenhum. Estou a serviço do setor produtivo – escancara o deputado Gervásio Silva (PSDB-SC) (...) Para o tucano, o agronegócio não pode ficar 'a mercê dos ambientalistas' porque se não o desenvolvimento 'empaca'." A título de mais uma ilustração, segundo reportagem de *O Globo*, o Governo do Pará pressionou o Ministério Público Federal para suspender por 60 dias as notificações feitas a supermercados em causa da compra de carne advinda de desmatamento ilegal. "As grandes redes de supermercado são, segundo o MPF do Pará, os maiores clientes dos frigoríficos do estado. A lista toda do MPF tem 69 empresas de varejo e distribuidores, que compraram, entre 2004 e 2008, um total de R$ 405,4 milhões desses frigoríficos. Entre os supermercados, estão Carrefour, Wal-Mart e Pão de Açúcar (...)" *O Globo*, 16 de junho de 2009.

Lembro bem de ver um jornal televisivo onde foi noticiada a morte de milhares de frangos, criados para consumo humano, por falta de ração. O jornal mostrou as imagens arrebatantes, dramáticas. O *proprietário* chorava copiosamente durante a entrevista. O que mais me chocou, confesso, é que o *industrial* não chorava por nenhum daqueles animais em si, pela morte por fome de nenhum daqueles frangos enquanto seres com valor inerente; ele chorava pelo prejuízo financeiro que teria que suportar. Cada frango (cada objeto) não abatido regularmente representa (e só significa) uma cifra. Reconheçamos: tendo por base o sistema existente, a reação do homem nada tem, a rigor, para espantar. Poucos telespectadores devem ter se indagado ou se indignado. A maioria possivelmente se resumiu a lamentar a má sorte do investidor: quanto dinheiro perdido!

Infelizmente, é de reconhecer que nem mesmo a Ecologia Rasa alcançou a maior parte das consciências, inclusive entre aqueles de maior poder (econômico, social, político), não é a inteligência que dá o norte (do *progresso*) da *civilização*.[37] O Direito dos Animais e a Ecologia Profunda repudiam a tentativa – própria da engrenagem capitalista de receber a crítica e devolvê-la aparentemente satisfeita – de se passar (travestir) por *verde* ou por *amigo dos animais*, mera propaganda, sem compromisso de raiz.

Veja a notícia: "McDonald´s se pinta de verde. Empresa troca cor da logomarca na Europa para criar identidade ambiental."[38] Outra manchete: "Greenpeace: governo é sócio de desmatado-

---

37 Consoante admitiu Bill Devall: "*The deep, long-range ecology movement has developed over the past four decades on a variety of fronts. However, in the context of global conferences on development, population, and environment held during the 1990s, even shallow environmentalism seems to have less priority than demands for worldwide economic growth based on trade liberalization and a free market global economy.*" *The Deep, Long-Range Ecology Movement 1960-2000: a review*. *In*: *Ethics & the Enviornment*, 6.1, p. 18-41. Indiana University Press, 2001.

38 *O Globo*, 24 de novembro de 2009. "Segundo a empresa, o McDonald´s quer reposicionar a rede como bastião do ambientalismo. (...) O executivo acrescentou que, além da troca do vermelho pelo verde no logotipo, as fachadas dos restaurantes terão pedras naturais e madeira."

res. BNDES financia pecuaristas responsáveis por 80% da devastação da Amazônia, e planeja duplicar a produção."[39] Pecuária sustentável, respondem o Direito dos Animais e a Ecologia Profunda, não é possível. *Boi verde* é mais um retrato antropocêntrico. Como já apontado, a agricultura também faz parte da problemática.[40] Neste cenário e consoante a lógica imperante, a ofensiva pela mudança do Código Florestal no intuito de flexibilizar a legislação em favor do agronegócio, reduzindo a reserva legal, regularizando ou relativizando infrações ambientais.[41] É

---

39 *O Globo*, 1 de junho de 2009, p. 5. "Além de não conseguir evitar o desmatamento da Amazônia, o governo brasileiro contribui ativamente com ele, pois se tornou sócio de quem produz a destruição. Nos últimos dois anos, bilhões de dólares do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) foram concedidos a empresas pecuaristas responsáveis por 80% da devastação da floresta. A cada 18 segundos, um hectare da Mata Amazônica vira pasto. Só o setor pecuário na Amazônia brasileira responde por 14% do desmatamento global anual. As três cifras foram retiradas de dados registrados pelo próprio governo (...) A entidade constatou que áreas protegidas foram invadidas pelos pecuaristas, localizando uma fazenda de gado instalada em terra indígena O Greenpeace descobriu que fazendas brasileiras que fornecem gado para o mercado mundial utilizam trabalho escravo." Em razão dos problemas ambientais (*sustentabilidade*), alguns países aprovaram legislações mais rígidas regulando a criação de animais para consumo humano e mesmo proibindo certas criações. Tais custos ambientais foram *externalizados*, havendo, por uma espécie de transferência, uma elevação dos criadouros/da produção em outros países, notadamente do *capitalismo retardado*. O Brasil tem o maior rebanho do mundo, sendo também o maior exportador de carne, destacadamente para países do *capitalismo avançado*.

40 "Soja perde título de vilã do desmatamento. Pastagens ocupam maior parte das áreas desmatadas." *Jornal do Brasil*, 15 de abril de 2009, p. A4. Em outro jornal: "Desde 1970, a floresta perdeu cerca de 700 mil quilômetros quadrados no Brasil, principalmente para a pecuária e, mais recentemente, para os cultivos de soja." *O Globo*, 12 de junho de 2009, p. 24.

41 A alteração, patrocinada pelo Ministério da Agricultura, Ministro Reinhold Stephanes, encontrou no relator do projeto de lei, deputado Aldo Rebelo (PCdoB) um dos seus maiores e mais aguerridos defensores. Sob a manchete "Fracassa negociação sobre Código Florestal. Ambientalistas acusam Stephanes de querer 'assinar sentença de morte da Amazônia' e abandonam grupo de discussão", a reportagem publicada por *O Globo*, 10 de janeiro de 2009, p. 5: "Acabaram mal as negociações entre os ministérios da Agricultura e do Meio Ambiente para elaborar uma proposta comum de mudança do Código Florestal, com a participação de parlamentares da bancada ruralista e representantes

verdade que aquilo que normalmente se concebe como *desenvolvimento sustentável* não é a sustentabilidade da Ecologia Profunda, do Direito dos Animais.[42]

---

de ONGs ambientalistas. (...) Ruralistas planejam uma ofensiva no Congresso para tentar flexibilizar a lei ainda no primeiro semestre. O principal motivo de discórdia é a pressão do agronegócio, apoiado por Stephanes, para encolher a reserva legal (...) O grupo de trabalho continuou a existir no papel, mas Stephanes concluiu, nas últimas semanas, que não faria sentido mantê-lo apenas com os ruralistas e o ministro do Meio Ambiente, Carlos Minc. (...) as ONGs propuseram pena de um a três anos de prisão para quem desmatar em reserva legal. Minc disse não ter lido o documento inteiro e pediu tempo para formular uma contraproposta (...) A proposta da Agricultura diz que as restrições ao plantio em encostas, várzeas e topos de morro em outras regiões do país significam 'destruir o sistema produtivo' e dizimar 'milhões de empregos e renda'. (...) Informado do fim dos debates, o coordenador da frente ruralista, deputado Valdir Colatto (PMDB-SC), se disse surpreso e afirmou que a mudança do Código Florestal será tocada pelo Congresso, com ou sem aval dos ambientalistas: (...) Stephanes disse que 'não há nenhuma possibilidade de se manter sem alteração o Código Florestal' e que, se todas as leis do setor forem respeitadas, 'é melhor fechar o Brasil'." Neste início de 2011, ao tempo das catástrofes (por ex.: número oficial de humanos mortos, em 16/1, mais de 600) ocorridas em regiões serranas do Estado do Rio de Janeiro (Teresópolis/Petrópolis/Friburgo, entre outras), antes pelo desmatamento e pelas construções ilegais do que pelas intensas chuvas (a exemplo do que aconteceu na mesma época do ano anterior em Angra dos Reis), a manchete da *Folha de São Paulo*, de 16 de janeiro: "Revisão do Código Florestal pode legalizar área de risco e ampliar chance de tragédia."

42 "Ministro quer o 'consumo consciente'. Minc estimula boicote à carne produzida por desmatadores. (...) Segundo Minc, os brasileiros em geral deveriam aderir a esse boicote, em nome da preservação das florestas. Em sua opinião, o 'consumo consciente' – combinado com o combate à impunidade mais o recuo de frigoríficos e supermercados – é o elo essencial para a derrota dos pecuaristas que transformam a florestas em pastos ilegais. – É fundamental que os clientes pressionem os varejistas, porque estes não querem ficar com o estigma de que aquele tênis de couro, aquela alcatra mal passada, estejam ajudando a desmatar a Amazônia. (...) De outro, o governo iniciará a concessão de créditos a pequenos produtores dos municípios onde há mais desmatamento, para que desenvolvam agricultura 'limpa'. E fomentará a troca do boi pelo peixe. – Vamos criar projetos de piscicultura, para produzir (*sic*) peixes amazônicos no lugar dos bois piratas. Aí os europeus, ao consumirem pirarucus e tambaquis, estarão ajudando a combater o desmatamento." *O Globo*, 16 de junho de 2009. Não é relevante se a carne provém de área legal ou ilegal e nem se é carne bovina, de galináceos, de peixe ou *carnes exóticas*. O consumo de carne, em si mesmo, é, por princípio, condenado. Rompe-se, portanto, com o conceito antropocêntrico de sustentabilidade. Outra

4ª objeção) O Direito dos Animais e a Ecologia Profunda professam uma plataforma radical, extremada; seus adeptos não prezam pelo meio-termo, pela moderação. Algumas concepções são até boas, têm uma razoabilidade, mas não podem ser levadas *a ferro e fogo*, devem conhecer um comedimento, devem ser mais flexíveis. Há pouco o que dizer sobre esta alegação.

Em primeiro lugar, convém salientar o significado da palavra radical. Conforme o Dicionário Houaiss: "1 relativo ou pertencente à raiz ou à origem; original (...) 1.2 *fig.* Relativo ou relacionado com o fundamento, a origem; fundamental, básico 1.3 *fig.* Essencial; completo, profundo (...) 1.5 que existe intrinsecamente num indivíduo ou coisa (*um traço r. de sua personalidade*) 2 caracterizado por um sensível afastamento do que é tradicional ou usual (...)"[43]

Radical, raiz, em conciliação com os fundamentos, em harmonia com o que é elementar, básico. Logo, afirmar que alguém que sustenta a Ecologia Profunda/o Direito dos Animais é radical vem a ser um elogio. Isto é: trata-se de alguém coerente com os princípios com os quais comunga. De outra margem, asseverar que é uma posição extrema, não de acordo com o meio-termo, pressupõe definir o que é, onde está o meio-termo para, somente após, situar as extremidades. A tarefa pode não ser fácil e nem consensual. De toda sorte, afirma que uma idéia ou um comportamento são radicais, nesta acepção, quem não

---

manchete: "Desenvolvimento insustentável. Desmatamento e pecuária não trazem riquezas para Amazônia, comprova estudo." Na seqüência: "No momento em que fervem as discussões sobre o uso e a ocupação da Amazônia, um novo estudo reforça a tese de que a dinâmica do desmatamento – a brutal conversão da floresta em campos para a agricultura e a pecuária – não se sustenta também do ponto de vista econômico, além do ambiental, gerando apenas 8% do Produto Interno Bruto (PIB). De acordo com os pesquisadores, a extração dos recursos naturais cria, inicialmente, uma frágil sensação de prosperidade para os municípios em torno da floresta, logo seguida por um forte declínio nos seus índices de desenvolvimento."

43 Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.374.

se compraz com eles. Em um exemplo trivial: para quem só faz exercício duas vezes por semana pode ser que a prática de praticar esporte diariamente soe radical.

Como a compreensão do Direito dos Animais e da Ecologia Profunda foge do comum, da tradição, reverbera, no ouvido da maioria, como radical. É natural que assim seja. Alguém incorruptível, que não aceita um milhão de reais de suborno e nem dez reais, alguém que não abre exceção em nome da fidedignidade aos preceitos que abraça, é uma pessoa radical quanto a tal ponto. Nem tudo é negociável. Alguém que está convencido de que não há justificativa moral para comer carne, um vegetariano/vegano, uma pessoa que apenas em estado de necessidade admite ingerir carne e assim se comporta, é alguém que tem a concepção enraizada, radicada.

A questão mais sensível é a de que o Direito dos Animais, a Ecologia Profunda, postulam um ideário para toda a humanidade e, neste viés, aportam argumentos. Buscam o convencimento. Assim como outras idéias ao longo do tempo. A escravidão humana é admitida em alguns casos? O estupro? Pois é, são proibições radicais. Matar um ser humano em *sacrifício religioso* é algo a ser aceito em certas hipóteses? E fazer experimentações científicas com humanos contra a vontade deles? Não? Então, por qual razão muitos concordam que tais atos sejam exercidos contra animais não-humanos? Esta é a pergunta quando se questiona o radicalismo das correntes filosóficas em apreço.

A constatação insofismável é que a generalidade da humanidade possui um padrão mais rígido – ou radical – no que tange aos seres da sua própria espécie e bem menos austero ou sólido no que respeita aos seres não-humanos. A mesma medida é tolerada se o animal não é humano e considerada aviltante, um assombro, se é a vítima faz parte da humanidade.

Computado que radical não significa necessariamente absoluto, acusar o Direito dos Animais ou a Ecologia Profunda de radicais é, na acepção aqui descrita, elogio. Em nada compromete o mérito do programa. Ser radical nem é bom ou mal em

si. Desqualificar pela rotulação de radicalidade, como freqüentemente se faz, termina por encobrir o exame de conteúdo, que é o que efetivamente importa e pode justificar uma atitude classificada de radical, a qual, aliás, pode ser precisamente o meio-termo, embora a maioria entenda de outra forma.

5. Direito dos Animais, Ecologia Profunda: limitações hermenêuticas e a admissão do discurso *contra legem*

Pelo exposto, é manifesto que o Direito dos Animais e a Ecologia Profunda abarcam, por muitas vezes, um discurso *contra legem*. Não se nega isto. Por que se negaria? É papel da filosofia questionar o senso comum, não relevando se o senso comum encontra-se legislado, o que é freqüente acontecer. Não é mais necessário repetir, na época do pós-positivismo, que *ius* é diferente de *lex*, que a lei não é sinônimo de justiça, de salvaguarda de direitos. A postura *contra legem* é própria dos movimentos revolucionários. O Direito dos Animais, a Ecologia Profunda são revolucionários tal como foram e são revolucionários movimentos pelos direitos humanos. A diferença reside exatamente no espectro de direitos. A Ecologia Profunda e o Direito dos Animais reclamam por direitos não-humanos ou, por outras palavras, pela extensão de direitos, até então considerados exclusivamente humanos, em equivalência, a seres não-humanos.

Se o pensamento filosófico não guarda limite pela legislação e nem pelo Direito enquanto fenômeno social, culturalmente vinculado, alicerçado na tradição e construído através do processo dialético histórico, o jurista, dependendo do seu ofício, encontra fronteira no sistema jurídico. Decorre que é preciso ter a responsabilidade de assimilar que a teoria do Direito dos Animais e da Ecologia Profunda encontra barreira ou margem não somente na lei, também no conjunto de fatores que constitui o Direito, conforme a definição antes fornecida.

Nem tudo, inclusive, a rigor, aspectos principais do que prega a Ecologia Profunda/o Direito dos Animais não obtêm guarida em uma hermenêutica jurídica responsável. Por mais que se lamente a verificação, é incontornável.

Não estou a me referir à objeção de consciência para não participar de vivissecção em Faculdades de Medicina, Veterinária, Biologia, por exemplo; e nem à impetração de *habeas corpus* em favor de animais não-humanos; ambas as hipóteses, mais de uma vez, já levadas ao Judiciário. Estou a aludir, apenas como caso de especulação acadêmica, à alegação de que a matança legalizada de animais para consumo humano afronta a Constituição, especialmente o art. 225, § 1º, VII. Ora bem: a própria Carta Magna acolhe a pecuária e prescreve que o Estado tem o dever de fomentá-la (art. 23, VIII). Por mais que o Direito dos Animais seja contrário ao referido abate de animais, mesmo que os animais tenham tido *uma boa vida*, não há como sustentar esta tese juridicamente. Nos contornos do ordenamento, é cabível argüir a ilicitude/inconstitucionalidade de formas de criação (qualificadas como cruéis, indignas) destes animais ou mesmo a maneira de matar, mas não a morte em si mesma.

Isto é: a legislação/o Direito – salvo, quando muito, mandamentos abolicionistas tópicos, episódicos e excepcionais – é, genericamente, ao máximo, bem-estarista. Daí a crucial indagação: como, se é que é possível, fazer uma hermenêutica abolicionista (ou em uma vertente abolicionista [a meta]) de um direito positivo bem-estarista?[44] Tenho a convicção de que a liberdade de culto, constitucionalmente garantida, não absorve a matança (s*acrifício*, que de sacro [amor, compaixão, comunhão] nada tem) de animais.[45] Estou convicto de que o aprisionamento

---

44 No que se refere à Constituição, ademais do art. 225, o art. 23, III, VI e VII; por exemplo. Na legislação ordinária, em meio a outros tantos, o art. 32 da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais).

45 LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Em prol do Direito dos Animais: inventário, titularidade e categorias*, cit., p. 139, 143, 144, 147 e 148. Confira-se tb. LOURENÇO, Daniel Braga. *A liberdade de culto e o*

de animais [leões, tigres, elefantes, ursos, macacos, pingüins, *e.g.*] para a simples exposição em zoológico está em desalinho com a Constituição.

Repare-se que a regra da maioria (humana) não é impeditiva ao reconhecimento de direitos não-humanos. O direito das minorias, entendido como de grupos vulneráveis, é perfeitamente aplicável aos seres não-humanos. O ponto nevrálgico sobre seres não-humanos ostentarem a condição de sujeitos de direito é resolvível por meio do próprio sistema jurídico, pelas próprias categorias dogmáticas, não exige ruptura.[46]

Fato é que olhar dois pássaros presos em gaiolas diferentes e concluir pela possibilidade/moralidade/justiça do engaiolamento em razão tão apenas de uma ave estar naquele estado em conseqüência do tráfico de animais silvestres e o outro pássaro estar adornado com a anilha que avaliza ter percorrido os trâmites convencionados para angariar a legalidade é, no mínimo, perturbador e, no fiel, carente de qualquer lógica que tenha em conta o interesse daqueles animais. É incrível que não se pergunte por qual motivo um pássaro ganhou o nome (libertário) de *trinca-ferro*. Por qual razão animais presos tentam fugir, se debatem contra as grades e, quando percebem que a saída é inviável, que a sua liberdade foi definitivamente suprimida, entram

---

direito dos animais não-humanos. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional: RT, n. 51, p. 295-318, abr./jun. 2005. Está concluso ao relator, Min. Marco Aurélio, desde dezembro de 2007, recurso extraordinário, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, tendo por objeto a Lei nº 12.131/04, (paradoxalmente ou ironicamente) intitulada Código Estadual de Proteção dos Animais, a qual excepciona várias condutas vedadas por ela própria em nome de assegurar "o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana."

46 Ressalvando que entendo que os seres não-humanos devem ser classificados como pessoas, parte da doutrina do Direito dos Animais perfilha a tese, para evitar óbices que impeçam a qualificação de (dos) – aqui também há controvérsia: todos ou só alguns? – animais como sujeitos de direito, de que os animais podem/devem ser qualificados como entes despersonalizados, o que é razoável. Por todos, LOURENÇO, Daniel. *Direito dos Animais: fundamentação e novas perspectivas*, cit., p. 482-527.

em depressão e apresentam patologias. Qual ser humano aprecia o encarceramento? Então, por que animais não-humanos haveriam de gostar ou de serem indiferentes? O engaiolamento é cruel, degradante, e, por isto, conquanto previsto pela legislação ordinária, inconstitucional.

Em duas poesias.

De J. G. de Araújo Jorge, *Pássaros*:

"Há uma companhia que não aceito:
a dos pássaros engaiolados.
Gosto do rumor que fazem nos galhos ao entardecer,
de seus cantos isolados que nunca poderemos saber se serão reproduzidos
ou se partirão para sempre, com o vôo ignorado.
Gosto dos pássaros, eles são como as águas para a terra
semeiam cantos e mistérios
fecundam o céu de música.
Mas quero vê-los livres, como as nuvens nômades
como as correntes encachoeiradas.
Nas gaiolas seus cantos são lamentos aos meus ouvidos
e eu me sinto como um carcereiro num momento lúcido
sem alegria."[47]

De Olavo Bilac, *Pássaro cativo*:

"E, em breve, uma avezinha descuidada, batendo as asas cai na escravidão.
Dás-lhe então, por esplêndida morada, a gaiola dourada;
Dás-lhe alpiste, e água fresca, e ovos, e tudo: Porque é que, tendo tudo, há de ficar o passarinho mudo, arrepiado e triste, sem cantar?
É que, crença, os pássaros não falam.

47 ARAÙJO JORGE. J. G. *A outra face*. Rio de Janeiro: Vecchi, 1957, p. 75 e 76.

> Só gorjeando a sua dor exalam, sem que os homens os possam entender;
> Se os pássaros falassem, talvez os teus ouvidos escutassem este cativo pássaro dizer: “Não quero o teu alpiste!
> Gosto mais do alimento que procuro na mata livre em que a voar me viste;
> Tenho água fresca num recanto escuro da selva em que nasci;
> Da mata entre os verdores, tenho frutos e flores, sem precisar de ti!
> Não quero a tua esplêndida gaiola!
> Pois nenhuma riqueza me consola de haver perdido aquilo que perdi...
> Prefiro o ninho humilde, construído de folhas secas, plácido, e escondido
> entre os galhos das árvores amigas ...
> Solta-me ao vento e ao sol!
> Com que direito à escravidão me obrigas?
> Quero saudar as pompas do arrebol!
> Quero, ao cair da tarde, entoar minhas tristíssimas cantigas!
> Por que me prendes? Solta-me covarde!
> Deus me deu por gaiola a imensidade: Não me roubes a minha liberdade...
> Quero voar! voar!...
> Estas cousas o pássaro diria, se pudesse falar.
> E a tua alma, criança, tremeria, vendo tanta aflição.
> E a tua mão tremendo, lhe abriria a porta da prisão...”

Mostre um pássaro em uma gaiola a uma criança, assim como no poema de Olavo Bilac, e pergunte a ela: quem tem direito a liberdade? Quando obviamente ela responder o pássaro, procure explicar a ela que não, que juridicamente o pássaro é uma coisa, que, ainda quando encarcerado ilegalmente, não é o pássaro que possui direito à liberdade, que quem tem direito à liberdade (do pássaro) é... Tente. Não se está complicando demais? Em nome do quê?

É bem verdade que a consciência contrária a manter pássaros em gaiolas é crescente. Se uma pesquisa ou um plebiscito fosse feito, possivelmente ganharia a vedação a este hábito humano. Mas e o comércio que a atividade movimenta, e a vontade daqueles que querem seguir mantendo aves em cativeiro? Antes de ser uma questão de maioria e minoria é uma questão de direito.

Se é procedente a compreensão de que, na época do pós-positivismo, não é mais necessário clamar por direitos fora da legislação, ou seja, que não é preciso recorrer a uma instância fora do sistema jurídico para afirmar direitos, visto que Constituições da contemporaneidade incorporam todos os direitos, inclusive aqueles ainda não expressados ou reconhecidos – as cláusulas de abertura; CRFB, art. 1º, § 2º –, a relação entre Direito e Moral, não é assim para os seres não-humanos. O *sentimento constitucional*, apesar do processo de mudança em curso (Suiça, Alemanha, Equador), não está, como regra geral, aberto a direitos não-humanos.

Em sendo assim, a legitimidade do discurso *contra legem*. E, conquanto a maioria dos adeptos do Direito dos Animais e da Ecologia Profunda adote um *modus operandi* pacifista de reivindicação pelo fim da exploração humana, pelo término dos abusos, das dores impostas, das mortes, da degradações ambientais, quando moralmente devido evitar, males que podem recair na própria humanidade, alguns invocam a desobediência civil.[48] Não é de arrepiar, afinal então em jogo direitos fundamentais, graves/irremediáveis violações a tais direitos e os canais institucionais/estatais estão muitas vezes fechados.

6. Considerações finais

48 Sobre a *ALF*, o documentário *Behind the mask*. Sobre o tema, a prudência das preocupadas considerações de Daniel Braga Lourenço, *A ação direta e "o assassino ético"*, em http://www.anda.jor.br/2010/05/22/a-acao-direta-e-o-assassino-etico/, **ANDA (Agência de Notícias de Direitos Animais).**

A consideração final, como extrato nuclear deste texto, pode ser: devemos modificar a nossa visão dos seres não-humanos na perspectiva de que também eles são titulares de direitos. O fato de não pertencerem à espécie humana em nada prejudica as suas condições de sujeitos de direitos. Seres vivos que são, possuem direito à (própria) vida; sendo corpóreos, têm direito à integridade física. Possuem direito à liberdade, a não serem incomodados, a não serem violentados. Têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a uma vida gregária se for da sua natureza. Enfim, para não alongar as ilustrações, têm direito a procurar a boa vida consonante a sua especificidade. Tais direitos só podem ser restringidos/superados em hipóteses extravagantes: mesmo admitindo alguma relativização dos conceitos conforme empregados entre seres humanos, a legítima defesa e o estado de necessidade informam a conduta.

Agir em consideração aos direitos não-humanos não é uma faculdade minha, não é uma benesse, não é caridade; é obrigação. Ora, são direitos. A manchete a seguir é bem representativa da negação de direitos, da posição de inferioridade que normalmente é reservada aos animais não-humanos. "CNJ: presos vivem como animais no Espírito Santo. Superlotação, violação de direitos e insalubridade são rotinas em presídios."[49] Se as circunstâncias são indignas, horríveis, aviltantes, o são para seres humanos e para os animais. É necessário bradar que os animais não devem viver nas condições encontradas nos mencionados presídios?! Ora, calha lembrar lição de Gandhi: "A grandeza de uma nação e o seu progresso moral podem ser avaliados pela forma com que ela trata seus animais."

Como afirma Arne Naess, a compreensão se materializa em um estilo de vida. É a internalização da concepção ecocêntrica, da ética da vida. É Ecosophy (Naess), ecological consciousness (George Sessions e Bill Devall). Assentou Albert Schweitezer, Prêmio Nobel da Paz: "Quando o homem aprender a respeitar

49 *O Globo*, 30 de maio de 2009, p. 3.

até o menor ser da criação, seja animal ou vegetal, ninguém precisará ensiná-lo a amar seu semelhante."

Em *O Livro de San Michele*, de Axel Munthe, uma espécie de autobiografia fantástica, o diálogo a seguir: "– Querido doutor, o senhor é um idealista. – Não, ha quem lhe chame com mofa sentimentalismo. Que se riam á vontade, é-me indiferente. Mas ouça bem! ha-de chegar um dia em que deixem de rir, em que entendam que o mundo animal foi posto pelo Creador sob a nossa protecção e não á nossa mercê, que os animais têm tanto direito á vida como nós e só a legítima defesa da propria vida póde justificar em que attentemos contra a d´elles."[50] Talvez necessitemos de um pensamento assim. De qualquer modo, nem precisamos, enquanto humanidade, nos sentir com a incumbência de proteger outros seres, já é suficiente deixá-los em paz.

50 MUNTHE, Axel. *O Livro de San Michele*. Traduzido por Jayme Cortezão. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1940, p. 82.

Referências bibliográficas

ARAÙJO JORGE. J. G. *A outra face*. Rio de Janeiro: Vecchi, 1957.

BOFF, Leonardo. *Ecologia, mundialização, espiritualidade*. Rio de Janeiro: Record, 2008.

_________. *Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela Terra*. 10.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

Brasil: nunca mais. 38.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

DEVALL, Bill. *The Deep, Long-Range Ecology Movement 1960-2000: a review*. *In*: *Ethics & the Enviornment*, 6.1, p. 18-41. Indiana University Press, 2001.

DEVALL, Bill; DRENGSON, Alan (Orgs.). *The ecology of wisdom: writings by Arne Naess*. Berkeley, EUA: Counterpoint, 2010.

DRENGSON, Alan; DEVALL, Bill (Orgs.). *The ecology of wisdom: writings by Arne Naess*. Berkeley, EUA: Counterpoint, 2010.

DRENGSON, Alan; INOUE, Yuichi (Orgs.). *The Deep Ecology Movement: an introductory anthology*. Berkeley: North Atlantic Books, 1995.

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KERN, Anne-Brigitte; MORIN, Edgar. *Terra-pátria*. Tradução por Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2005.

KHEEL, Marti. *Nature ethics: an ecofeminist perspective*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2008.

INOUE, Yuichi; DRENGSON, Alan. (Orgs.). *The Deep Ecology Movement: an introductory anthology*. Berkeley: North Atlantic Books, 1995.

LOURENÇO, Daniel. *A ação direta e "o assassino ético"*, em http://www.anda.jor.br/2010/05/22/a-acao-direta-e-o--assassino-etico/.

_________. *A liberdade de culto e o direito dos animais não--humanos*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional: RT, n. 51, p. 295-318, abr./jun. 2005.

_________. *Direito dos Animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. 2.ed. Rev. Ampl. Atual. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Em prol do Direito dos Animais: inventário, titularidade e categorias*. *In*: Jurispoiesis. Ano 12, nº 12, p. 113-157, 2009.

MORIN, Edgar; KERN, Anne-Brigitte. *Terra-pátria*. Tradução por Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MUNTHE, Axel. *O Livro de San Michele*. Traduzido por Jayme Cortezão. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1940.

NAESS, Arne. *The basics of the deep ecology movement*. *In*: *The ecology of wisdom: writings by Arne Naess*. (Orgs. Bill Devall e Alan Drengson). Berkeley, EUA: Counterpoint, 2010, p. 105-119.

_________. *The shallow and the deep: long-range ecology movement*. *In*: *The Deep Ecology Movement: an introductory anthology*. (Orgs. Alan Drengson e Yuichi Inoue). Berkeley: North Atlantic Books, 1995, p. 3-9.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Direito dos Animais*. In: *Função social do Direito Ambiental*. (Org. Mauricio Mota). Rio de Janeiro: Campus, p. 324-347, 2009.

_________. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2.ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_________. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; LOURENÇO, Daniel Braga. *Em prol do Direito dos Animais: inventário, titularidade e categorias*. *In*: Jurispoiesis. Ano 12, nº 12, p. 113-157, 2009.

ONFRAY, Michel. *Tratado de ateologia*. Tradução por Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

REGAN, Tom. *Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Tradução por Regina Rheda. Revisão técnica por Sonia Felipe e Rita Paixão. Porto Alegre: Lugano, 2006.

Documentários: *An inconvenient truth; Behind the mask; Capitalism: a love story; Earthilings; Meat the truth; The corporation; The world according to Monsanto*.

O (pós-) positivismo e os propalamos modelos de juiz (Hércules, júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários

Lenio Luiz Streck[51]

1. De onde exsurgem os equívocos acerca do que seja a "interpretação da lei" e dos "dilemas do positivismo" (ou do pós-positivismo).

O que será "isto", o "positivismo jurídico"? Trata-se de uma das indagações mais relevantes a se fazer na área do direito. Tão importante que, fôssemos médicos, estaríamos falando do funcionamento do coração. Pois o positivismo é, por assim dizer, queiramos ou não, o "coração do direito" (no mínimo no tocante ao estudo da complexidade do fenômeno). O que quero dizer é que há algo na teoria do direito (e na sua operacionalidade) que, historicamente, tem sido a sua condição de possibilidade. Em síntese, é "onde tudo começou".

Nesta quadra da história, (quase) todos se consideram pós-positivistas. Daí a minha insistente pergunta, que venho procurando responder em livros como O que é isto – decido

51 Professor titular da UNISINOS; visitante/colaborador da UNESA-RJ, ROMA-TRE, FDUC (Portugal); membro catedrático da ABDCONST; coordenador do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos; pós-doutor em Direito (FDUL – Portugal). Procurador de Justiça-RS. Editor do site *www.leniostreck.com.br*.

conforme minha consciência (Livraria do Advogado, 2010), Verdade e Consenso (Lumen Juris, 2009 e Saraiva, 2011) e Hermenêutica Jurídica e(m) Crise (10ª. Ed, Livraria do Advogado, 2011): que coisa é essa – o positivismo? Ouvem-se muito, em sala de aula, conferências e seminários, críticas ao positivismo. E aí vem a simplificação: basta alguém defender a aplicação de um determinado texto jurídico e já é logo taxado de "positivista". Isso é absolutamente comum. Defender a aplicação da "literalidade" de uma lei, por exemplo, passou a ser um pecado mortal. O epíteto de positivista fica brilhando como em um outdoor na testa do jurista que ousa fazer tal defesa. Mas fazer a defesa da "literalidade da lei" seria uma atitude positivista?

Quando falamos em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o "lugar da fala", isto é, sobre "o quê" estamos falando. Passo por essa experiência cotidianamente. Permito-me explicar isso melhor: de há muito as minhas críticas tem tido como alvo o positivismo pós-exegético, isto é aquele positivismo que superou o positivismo das três vertentes (exegese francesa, pandectística alemã e jurisprudência analítica da *common law)*. Ou seja, sempre considerei muito simplista reduzir a crítica do direito a uma simples superação do deducionismo legalista (e os nomes que a isso se dê). Portanto, tenho apontado minhas baterias contra a principal característica do positivismo pós-exegético, qual seja, *a discricionariedade*. Curiosamente, juristas das mais variadas facções diziam (e isso ainda acontece): se você é contra a discricionariedade dos juízes, então defende o legalismo, o exegetismo, o juiz boca da lei... Que coisa, não? E complementa(va)m: aceitamos a discricionariedade, mas não a arbitrariedade...[52] (como se os "limites semânticos" tivessem contornos "tão definidos" como pretendem especialmente as teorias analíticas do direito). Um

---

52 Permito-me remeter o leitor para o meu Verdade e Consenso, 3ª. Ed (Lumen Juris, 2009) e 4ª. Ed (Saraiva, 2011, onde essa problemática é esmiuçada *cum granu salis*.

jusfilósofo muito conhecido chegou a me acusar, em um Congresso realizado além-mar, que eu estava defendendo "a proibição de interpretar". Na verdade, confesso que, nos últimos anos, cometi o seguinte equívoco: não me dei conta que os juristas brasileiros (e nisso se incluem os neoconstitucionalistas da península ibérica que não abrem mão da discricionariedade judicial), contenta(va)m-se com o menos, isto é, limita(va)m-se a superar as velhas formas de exegetismo, entregando, entretanto, todo o poder ao intérprete (em especial, aos juízes), a partir de uma série de fórmulas do tipo "menos regras, mais princípios, menos subsunção, mais ponderação", etc.

Ora, convenhamos, essa "entrega" (ou seria "delegação"?) do poder aos juízes (e, portanto, em favor da discricionariedade interpretativa) não é nem um pouco nova, eis que já estava presente no velho Movimento do Direito Livre, na jurisprudência dos interesses e se aprimorou na jurisprudência dos valores (sem considerar os movimentos realistas no interior da *common law)*. Qual é o problema, então? Na verdade, o que aconteceu é que os juristas se esqueceram que Kelsen e Hart promoveram, em sistemas jurídicos distintos, uma virada no positivismo. De todo modo, importa mais para nós a viragem kelseniana, que acabou impulsionando um voluntarismo judicial sem precedentes, a partir da "maldição kelseniana" constante no famoso capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito.

Derrotar o positivismo (exegético) e pagar o preço do voluntarismo foi (e ainda é) uma vitória de pirro. Por isso, minha luta contra os sintomas dessa viragem positivista (normativista). Não posso concordar com o fato de que a crítica contemporânea não consiga fazer mais do que já fizera a jurisprudência dos interesses ou a jurisprudência dos valores. Da condição de refém de um assujeitamento a uma estrutura de caráter objetivista (metafísica clássica presente na idéia exegética e pandectista), passou-se a fase do "assujeitamento da estrutura a um sujeito solipsista". Enfim, do "aprisionamento" do intérprete a um sistema racional-conceitual, passamos ao império da vontade

(do poder), último princípio epocal da modernidade. Não é por nada que, para Kelsen, a interpretação feita pelos juízes é um ato de vontade.

Permito-me insistir neste ponto um pouco mais. Com efeito, de há muito minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais). Considero *superado o velho positivismo exegético.* Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o "juiz não é a boca da lei", etc., enfim, podemos ser poupados, nesta quadra da história, dessas "descobertas da pólvora". E isso por uma razão muito simples: essa "descoberta" não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores (que foi "importada" por setores do neoconstitucionalismo de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um "positivismo fático"), a ponderação de valores[53] (pela qual, especialmente no Brasil, a partir de

---

53 De que modo se pode falar em "valores" em sociedades complexas ("pós-tradicionais", como se refere Habermas) como as nossas? Não há como defender um "método de ponderação", porque ele supõe valores intersubjetivamente compartilhados; além disso, nega o caráter deontológico do direito, colocando este sob a lógica gradual dos valores (ver HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 355 *et seq*.). Isso só é possível porque fundado no primeiro ponto, isto é, se "a" sociedade compartilha valores comuns, pode-se escaloná-los de forma gradual. O problema é que, se não há tal compartilhamento, o que resta, ao fim e ao cabo, além da violação ao "código" (Luhmann) próprio do Direito, é o "decisionismo" judicial. Ademais, se o juiz se coloca como crítico das opções do legislador, para lhe definir "sentidos" (*e. g.*, interpretação conforme a Constituição), a partir da valoração dos valores constitucionais, perdem-se os parâmetros de controle de sua atividade (Ingeborg Maus). O que é interessante sobre esta "adoção acrítica" (ao contrário, entusiasta!) da jurisprudência dos valores germânica é que, na Alemanha, a mesma sofre duras críticas. Ingeborg Maus fala do mal que se abateu sobre o Judiciário de seu país desde o final da 2ª Guerra, dizendo que o mesmo assumiu o

uma leitura superficial da obra de Alexy, o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*), etc.

Portanto, Kelsen superou o positivismo exegético-primevo-legalista. Mas, vejamos: Kelsen não pretendeu destruir a tradição positivista que foi construída pela jurisprudência dos conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito por Kelsen a partir de uma radical constatação: o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos aqui uma ênfase na semântica.[54]

"superego de uma sociedade órfã" (MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, pp. 183-202, 2000). Em suas palavras: "A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso [...], é alcançada por meio da centralização da 'consciência' social na Justiça. [...] Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social" (pp. 186-187, grifos nossos). Na mesma linha, Habermas também tece críticas a partir, inclusive, de outros constitucionalistas, como Denninger, Dieter Grimm e Böckenförde (cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 317 e 322).

54 Importante registrar um esclarecimento: quando falo aqui em uma ênfase semântica, estou me referindo explicitamente ao problema da *interpretação do direito* tal qual é descrito por Kelsen no fatídico capítulo VIII de sua *Reine Rechtslehre*. Para compreendermos bem essa questão, é preciso insistir em um ponto: há uma cisão em Kelsen entre direito e ciência do direito que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação. De fato, também a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: *interpretação como ato de vontade* e *interpretação como ato de conhecimento*. A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua "aplicação", *normas*. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de

Mas, em um ponto específico, Kelsen "se rende" aos seus adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Para o autor austríaco, esse "desvio" é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen chega a falar que as normas jurídicas – entendendo norma no sentido da TPD, que não equivale, *stricto sensu,* à lei – são aplicadas no âmbito de sua "moldura semântica". O único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizada a partir de uma terapia lógica – da ordem do *a priori* – que garantisse que o Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso. Esse campo seria o lugar da Teoria do Direito ou, em termos kelsenianos, da Ciência do Direito. E isso possui uma relação direta com os resultados das pesquisas levadas a cabo pelo Círculo de Viena.

Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX e o modo como encaminho minhas críticas nessa área da teoria do direito. Sendo mais claro: falo desse positivismo normativista, não de

---

conhecimento – produz *proposições*. Dado à característica relativista da moral kelseniana, as normas – que exsurgem de um *ato de vontade* – terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. Esse espaço de movimentação é derivado, exatamente, do problema semântico que existe na aplicação de um signo lingüístico – através do qual a norma superior se manifesta – aos objetos do mundo concreto – que serão afetados pela criação de uma nova norma. Por outra banda, a interpretação como ato de conhecimento – que descreve no plano de uma metalinguagem as normas produzidas pelas autoridades jurídicas – produz proposições que se relacionam entre si de uma maneira estritamente lógico-formal. Vale dizer, a relação entre as proposições são, essas sim, meramente *sintáticas*. Minha preocupação, contudo, não é dar conta dos problemas sistemáticos que envolvem o projeto kelseniano de ciência jurídica. Minha questão é explorar e enfrentar o problema lançado por Kelsen e que perdura de um modo difuso e, por vezes, inconsciente no imaginário dos juristas: a idéia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da "moldura da norma". É nesse sentido que se pode afirmar que, no que tange à interpretação do direito, Kelsen amplia os problemas semânticos da interpretação, acabando por ser picado fatalmente pelo "aguilhão semântico" de que fala Ronald Dworkin.

um exegetismo que, como pôde ser demonstrado, já havia dado sinais de exaustão no início do século passado. Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito – a interpretação concreta, no nível da "aplicação". E nisso reside a "maldição" de sua tese. Não foi bem entendido, quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação "pura da lei"...!

Numa palavra: quando falo, por exemplo, em "literalidade", não estou invocando nem o positivismo primitivo (exegético) e nem o positivismo normativista. Ora, desde o início do século XX, a filosofia da linguagem e o neopositivismo lógico do círculo de Viena já haviam apontado para o problema da polissemia das palavras. Isso nos leva a outra questão: a literalidade é algo que está à disposição do intérprete? Se as palavras são polissêmicas; se não há a possibilidade de cobrir completamente o sentido das afirmações contidas em um texto, quando é que se pode dizer que estamos diante de uma interpretação literal? A literalidade, portanto, é muito mais uma questão da compreensão e da inserção do intérprete no mundo do que uma característica, por assim dizer, natural dos textos jurídicos.

Dizendo de outro modo, não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base numa suposta "superação" da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambigüidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores como tal só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático.

1.2. Os modelos de juiz e a determinação do papel do intérprete no Direito ou "de como não se pode examinar os "modelos" sem levar em conta as dimensões paradigmáticas decorrentes do esquema sujeito-objeto".

Na linha do que foi dito acima, para uma melhor compreensão acerca do papel do intérprete do direito nesta quadra da história, faz-se necessária a desconstrução de uma tese que vem servindo de base, de há muito, para a caracterização dos modelos de direito e de juiz nos diversos sistemas jurídicos contemporâneos, o que tem levado a diversos e diferentes equívocos na teoria do direito. Essa questão tem uma relação umbilical com a questão da democracia e da divisão de poderes, na medida em que a jurisdição constitucional afetará essa problemática de acordo com aquilo que se pode denominar de teoria da decisão e o papel a ser exercido pelo juiz.

Uma discussão que atravessa os anos institucionalizou os modelos de juiz, como sendo *Júpiter, Hércules, Hermes,* a partir de um conhecido texto de François Ost (1993, pp. 170-194), em que o professor belga propõe uma espécie de juiz pós-moderno-sistêmico (Hermes) que atuaria em rede e superaria, com grande vantagem, os "modelos anteriores". Com efeito, para Ost, basicamente a teoria do direito trabalha com dois modelos de juiz, que também simboliza(ria)m "modelos de direito" (Júpiter e Hércules). Consequentemente, simbolizaram também os modelos de jurisdição. O primeiro representaria o modelo liberal-legal, de feição piramidal-dedutivo, isto é, sempre dito a partir do alto, de algum "monte Sinai"; esse direito adota a forma de lei e se expressa em forma de imperativo, vindo a ser representado pelas tábuas da lei ou códigos e as Constituições modernas, sendo que dessa parametricidade é que são deduzidas as decisões particulares.

Já o modelo herculeano está sustentado na figura do juiz, que seria a única fonte do direito válido. Trata-se de uma

pirâmide invertida, no dizer de Ost. É Dworkin quem, no dizer do autor, ao revalorizar até o extremo a figura do juiz moderno, atribui-lhe as características de Hércules. Embora diga que não pretende "equiparar" a tese de Dworkin aos realistas ou pragmatistas, Ost termina por colocar no Hércules dworkiano os "defeitos" que caracterizariam o juiz "monopolizador da jurisdição" no modelo de direito do Estado Social, em que o direito "se reduz ao fato", enfim, à indiscutível materialidade da decisão. Esse juiz propiciaria um deciosionismo, a partir da proliferação de decisões particulares.

Como contraponto, Ost apresenta um *tertius genus*, o juiz Hermes, que adota a forma de rede; nem um pólo, nem dois, isto é, nem a pirâmide e nem um funil, e tampouco a superposição dos dois, senão uma multiplicidade de pontos de inter-relação; um campo jurídico que analisa como uma combinação infinita de poderes, tanto separados como confundidos, amiúde intercambiados; uma multiplicação dos atores, uma diversificação de regras, uma inversão de réplicas; tal circulação de significados e informações não se deixa aprisionar em um código ou em uma decisão: expressa-se sob a forma de um banco de dados. Assim, segundo Ost, o direito pós-moderno, o direito de Hermes, é uma estrutura em rede que traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis. Trata-se, em síntese, de uma teoria lúdica do direito. O juiz Hermes não é nem transcendência nem imanência; encontra-se em uma e outra dialética ou paradoxalmente (uma e outra).

Penso que, examinada à luz da hermenêutica filosófica e do neoconstitucionalismo, assim como a partir das diversas teorias do direito surgidas no século XX, a tese de Ost merece uma série de objeções, não tanto na parte em propõe o Hermes como solução (que, a toda evidência, apresenta aspectos de grande relevância), mas, fundamentalmente, em relação às críticas ao "modelo herculeano".

Assim, em *primeiro* lugar, a objeção decorre do fato de haver um excessivo esforço em enquadrar o "modelo herculeano" no modelo de direito do Estado Social, colocando-o como uma antítese do juiz que caracterizaria o modelo de Estado Liberal (o modelo jupteriano), como se o modelo do "juiz do estado Liberal" fosse o juiz do positivismo primitivo (fase exegética do positivismo) e o segundo fosse o do modelo que simplesmente supera esse modelo, ou seja, no primeiro o "juiz seria a boca da lei" e seu superador seria o "juiz que faz a lei"...! Como veremos, isso constitui um equívoco.

A objeção seguinte decorre do fato de Ost não levar em conta que o juiz Hércules é uma metáfora e que representa exatamente o contrário do que sua tese pretende denunciar, isto é, *Hércules definitivamente não é a encarnação do "juiz/sujeito-solipsista"*, mas sim, é a antítese do juiz discricionário, este sim refém da filosofia da consciência (essa discussão, lamentavelmente, não aparece no texto, talvez porque a atuação de Hermes "em rede" supere, na tese de Ost, o "sujeito da relação").[55]

Como terceira objeção, a tese peca também porque tudo aquilo que Ost aponta como missões do Hércules "assistencialista" (*v.g.*, "conciliar as economias familiares em crises; dirigir as empresas em dificuldades evitando, se possível, a quebra; julgar se corresponde ao interesse da criança ser reconhecido pelo seu pai natural, quando a mãe se opõe – art. 319.3 do Código Civil da Bélgica; apreciar se a interrupção voluntária da gravidez pode ser justificada pelo "estado de angústia" da mulher grávida – art. 348 e seguintes do Código Penal belga; intervir efetivamente em conflitos coletivos de trabalho e decidir, em procedimentos de

55 Essa questão é extremamente relevante, porque a perspectiva sistêmica, ao decretar a "morte" do sujeito", aproxima-a dos modelos desconstrutivistas, isto é, a superação do esquema sujeito-objeto acaba anulando o próprio sujeito. Por isso, é necessário insistir, a partir, evidentemente, de um olhar heideggero-gadameriano, que a invasão da filosofia pela linguagem e o resgate do mundo prático não representou a morte do sujeito, e, sim, apenas a morte da subjetividade assujeitadora (certeza de si do pensamento pensante).

urgência, se a greve dos pilotos da companhia de aviação nacional, prevista para o dia seguinte às seis horas, é lícita ou não; julgar se o aumento de capital decidido com o objetivo de opor-se a uma oferta pública de compra de uma *holding*, cuja carteira de ações representa um terço da economia do país, está em conformidade com a lei; ou, ainda, impor sanções a trabalhadores e empresas que ameaçam o equilíbrio ecológico") *também pode ser feito sem que o juiz ou o tribunal pratique decisionismos ou arbitrariedades* (ou assistencialismos), ou seja, Ost esquece que a coerência e a integridade – própria do modelo dworkiano – constituem-se em blindagem contra aquilo que Ost acredita ser característica do modelo herculeano. Na seqüência, em quarto lugar, Ost não comenta os efeitos colaterais e as conseqüências para o próprio constitucionalismo de um "não intervencionismo" do judiciário (ou justiça constitucional) para atender os pleitos sobre direitos fundamentais (e os exemplos tratam das mais variadas formas de violação de direitos).

Em quinto lugar, ao dizer que, "na gestão do juiz Hércules", a generalidade e a abstração da lei dão lugar à singularidade e à concretude do juízo, o professor belga passa a impressão de que, mesmo nesta quadra do tempo, ainda vivemos sob a égide do velho modelo de regras, como se não tivesse ocorrido a revolução copernicana do neoconstitucionalismo (ou, se houve alguma ruptura, essa fica, na opinião de Ost, reduzida ao modelo de direito do estado Social). Ao que tudo indica, para ele, os princípios não são "os princípios" que institucionalizaram *stricto sensu* a moral no direito (o ideal de vida boa, o "bom direito") a partir da produção democrática (Constituições compromissórias e dirigentes), não havendo sinais, na aludida tese, sobre o papel da moral no Estado Democrático de Direito. Ao contrário, as indicações da tese de Ost, no particular, são de que os princípios são aqueles "gerais do direito", que têm a função de otimizar a interpretação, fechando e abrindo, autopoieticamente, o sistema jurídico.

Isso leva à sexta objeção, representada pelo reducionismo que o autor pretende fazer dos modelos de direito e de juiz. Com efeito, o que fazer com o juiz “ponderador” de Alexy, que, nos “casos difíceis” - não solucionáveis por subsunção - apela para um sopesamento (sic) entre os princípios que estão em colisão? E os juízes analíticos, característicos de modelos metodológicos apresentados por Áurnio e MacCormick, para citar apenas estes? E qual o papel do juiz exsurgente da teoria do discurso desenvolvido por Habermas (1992)?

O sétimo ponto de discórdia diz com o fato de que a tese de Ost ignora (passa ao largo) (d)o paradigma do Estado Democrático de Direito, entendido como um *plus* normativo e qualitativo superador dos modelos de direito liberal e social, circunstância que faz com que *não leve em conta o papel do constitucionalismo enquanto rompimento com o positivismo e o modelo de regras*; prova disso é a observação que faz, baseado em texto de 1990, de André Jean Arnaud (1990, p.81) (*Le courrier du CNRS. Les sciences du droit)*, de que “filósofos, teóricos e sociólogos se esforçam atualmente para substituir o direito rígido, fundado sobre a toda poderosa lei, por um direito flexível que toma em conta o relativismo, o pluralismo e o pragmatismo característicos da época pós-moderna”, como se a teoria do direito não tivesse avançado para (muito) além desse debate acerca da superação do “modelo do direito rígido fundado na toda poderosa lei” e a dicotomia “monismo-pluralismo”. Veja-se que o próprio Ost diz que “ao monismo haveria-se de opor, não a dispersão, mas sim, o pluralismo, o absolutismo binário permissão-proibição, válido-não válido, haveria que substituir pelo relativismo e o gradualismo, que não se transforma, por isso, em ceticismo”.

A oitava divergência se instaura porque a tese de Ost passa ao largo do enfrentamento entre positivismo e constitucionalismo e, conseqüentemente, da superação do modelo subsuntivo e da distinção (não lógico-estrutural, é claro) entre regra e princípio. E tal circunstância não pode escapar de qualquer discussão acerca do direito nesta quadra da história.

Nono, porque, ao propor o modelo de Hermes como um avanço em relação ao convencionalismo de Júpiter e ao "invencionismo" de Hércules, isto é, ao afirmar que o seu juiz Hermes respeita o caráter hermenêutico ou reflexivo do raciocínio jurídico, que, portanto, não se reduz nem à imposição e nem à simples determinação anterior, o Hermes de Ost acaba sendo, paradoxalmente, o Hércules de Dworkin (obviamente na leitura que Ost faz do Hércules dworkiniano). Do mesmo modo, ao dizer que as fronteiras que separam o sistema e seu meio ambiente não deixam de ser móveis e paradoxais, como se os limites do direito e do não direito fossem reversíveis, *Ost faz concessões ao Hércules que ele mesmo critica* (afinal, como ele mesmo diz, um jogo, como o direito, é sempre, ao mesmo tempo, algo mais que ele mesmo, apesar dos esforços desenvolvidos para uniformizar seu funcionamento e pormenorizar seus dados).

Por fim, em décimo lugar, em relação à crítica de Ost de que, afora o fato de que tanto o modelo jupiteriano como o modelo herculeano estão em crise, "eles apenas oferecem representações empobrecidas da situação que pretendiam descrever em sua época", lembro que não se pode cair em idealizações ou idealismos, como se fosse possível ignorar que o paradigma do Estado Democrático de Direito e o tipo de constitucionalismo instituído em grande parte dos países após o segundo pós-guerra aumentou sobremodo a demanda pela intervenção do poder judiciário (ou da justiça constitucional, na forma de Tribunais Constitucionais). Ora, isso apenas implica reconhecer que é inexorável que "alguém decida", até para não transformar a Constituição em uma "mera folha de papel".

Assim, em síntese, contrapor o modelo de Hermes[56] aos modelos de Júpiter (Estado Liberal) e Hércules (Estado Social)

56 No Brasil, Wálber Araujo Carneiro, não obstante veja no Hércules de Dworkin a figura de um juiz não-arbitrário, propõe a alegoria de um juiz adaptado às condições sistêmico-institucionais do civil law e, em contraposição à leitura pós-moderna de Ost, concebe o seu "juiz Hermes" em uma "morada mais familiar", isto é, no contexto hermenêutico-filosófico. O juiz Hermes proposto

apenas comprova o grande dilema que atravessa a metodologia contemporânea: como se interpreta e como se aplica, isto é, quais as condições que tem, o juiz ou tribunal (porque, permito-me insistir no óbvio, alguém tem que dizer por último o sentido da Constituição), para proferir as respostas aos casos em julgamento.

Não parece adequada, portanto, a tese da contraposição do modelo de direito do Estado Social ao modelo de direito do Estado Liberal. Isso seria ignorar os dois pilares sobre as quais está assentado um terceiro modelo, o do Estado Democrático de Direito: a proteção dos direitos sociais-fundamentais e o respeito à democracia.

Em outras palavras, se é inexorável que, a partir do segundo pós-guerra, diminui o espaço de liberdade de conformação do legislador em favor do controle contramajoritário feito a partir da jurisdição constitucional, é exatamente por isso que devem ser construídas as condições de possibilidade para evitar discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos, ou seja, *o constitucionalismo destes tempos pós-positivistas assenta seus pilares no novo paradigma lingüístico-filosófico*, superando quaisquer possibilidades de modelos interpretativos (se se quiser, hermenêuticos) sustentados no esquema sujeito-objeto.

É, portanto, desse modo que se busca a superação do velho positivismo. E é por isso mesmo que o Hércules de Dworkin não pode ser epitetado de "invencionista" ou "solipsista" (ou qualquer variação realista ou pragmatista). Do mesmo modo – embora essa questão não esteja abarcada pelo texto de Ost – a busca de respostas corretas em direito não pode sofrer críticas

---

por Wálber "é responsável por traduzir juridicamente aquilo que compreende a partir do mundo da vida". Embora Hermes tenha sido preparado para se movimentar no mundo institucionalizado do direito, isso não fez dele um "estrangeiro", pois "seu cotidiano é vivido no seu mundo originário". A releitura da alegoria de Hermes trazida por Wálber enfrenta ainda a formação acadêmica de Hermes, em uma ácida crítica ao modelo de ensino jurídico no Brasil, bem como o "método" heterorreflexivo por ele proposto em sua obra. CARNEIRO, Wálber Araujo. Hermenêutica jurídica heterorreflexiva, 2011, p. 273-280.

porque estaria assentado em um juiz que "carregaria o mundo nas costas". Ao contrário, pela simples razão de que *a busca de respostas corretas é um remédio contra o cerne do modelo que, dialeticamente, engendrou-o*: o positivismo e sua característica mais forte, a discricionariedade.

Não há um Hércules no modelo da hermenêutica aqui trabalhado (não podemos esquecer que o Hércules de Dworkin instala-se na teoria do direito *para demonstrar que a discricionariedade é antidemocrática* **e que, ao rejeitar qualquer posição pessoal do juiz e colocar ênfase na sua responsabilidade política,** *superou o esquema sujeito-objeto*)**. Na hermenêutica filosófica aqui professada, o círculo hermenêutico "atravessa" a compreensão antes que o sujeito pense que se assenhora da interpretação e dos sentidos. Por isso, a resposta correta que sempre pode e deve ser encontrada não reside no juiz/intérprete enquanto sujeito do "esquema sujeito-objeto", mas sim, no juiz/intérprete da relação de compreensão baseada na intersubjetividade (sujeito-sujeito). Assim, o ponto fulcral não é quem dá a resposta correta,** *mas como esta se dá.*

2. Da metáfora do juiz (Hércules) à metáfora da resposta (correta) ou de como a resposta correta deve ser compreendida como uma metáfora

Frente ao estado da arte representado pelo predomínio do positivismo, que sobrevive a partir das mais diversas posturas e teorias sustentadas, de um modo ou de outro, *no predomínio do esquema sujeito-objeto* – problemática que se agrava com uma espécie de protagonismo do sujeito-intérprete (especialmente, juízes e tribunais) em pleno paradigma da intersubjetividade – penso que, mais do que possibilidade, a busca de respostas corretas em direito é uma necessidade.

Por isso, a resposta correta que venho propondo (Streck, 2009 e 2011), a partir de uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin (1977; 1986) e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), deve ser entendida como uma metáfora.[57] Afinal, metáforas servem para explicar coisas. Isso, à evidência, implica pensar esse modelo dentro de suas possibilidades. Com efeito, metáforas são criadas porque se acredita que um determinado fenômeno poderá ser melhor explicado a partir da explicação já consolidada de um outro fenômeno, ou seja, a "operação com que transferimos significados não-sensíveis para imagens ou remetemos elementos sensíveis a esferas não-sensíveis" (Stein: 2002, pp. 69 e segs). Portanto, se considerarmos que essa distinção fundamental entre sensível e não-sensível não existe, a colocação da metáfora representa uma atitude tipicamente metafísica, induzindo o agente a compreendê-la como um ponto de partida universal.

Contudo – e essa advertência reveste-se de fundamental relevância, para não gerar mal-entendidos –, se a metáfora for pensada dentro das limitações de uma linguagem apofântica, que terá sempre como pressuposto a dimensão hermenêutica da linguagem, ela permitirá, a exemplo do neologismo, uma aproximação entre o dito e o fenômeno já compreendido, uma vez que nela encerra, como já foi visto, um grau de objetivação minimamente necessário. A metáfora é entendida, assim, como a possibilidade, a partir da diferença ontológica, de "ligar" significantes e significados. A metáfora significa a impossibilidade de sinonímias "perfeitas".

---

57 Parece despiciendo referir que a resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva. Do mesmo modo, a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Corre-se o risco de se produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de se obedecer à coerência e a integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada a Constituição.

A metáfora da resposta correta será, desse modo, a explicitação de que é possível atravessar o "estado de natureza hermenêutica" instalado no direito. A metáfora nos mostra que, ao nos situarmos no mundo, isso não implica um *genesis* a cada enunciação. Dito de outro modo, pela metáfora da resposta correta – compreendida nos moldes aqui delimitados – estabelece-se a convicção (hermenêutica) de que há um desde-já-sempre (existencial) que conforma o meu compromisso minimamente objetivado(r), uma vez que, em todo processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação, como sempre nos lembra Ernildo Stein.

A construção da metáfora da resposta correta deita raízes em outra metáfora. Com efeito, Hobbes criou a metáfora do contrato social para explicar a necessidade de superar a barbárie representada pela fragmentação do medievo. Mas, mais do que isso, fê-lo para demonstrar que o Estado é produto da razão humana. Para tanto, contrapôs a soberania "do um" para superar a soberania fragmentada/dilacerada "de todos", isto é, contra a barbárie representada pelo Estado de Natureza, contrapôs a civilização. E isso somente seria possível através de um contrato. Não um contrato *stricto sensu*, mas um "contrato metafórico".

Penso que, de algum modo, é necessário enfrentar o "estado de natureza hermenêutica" em que se transformou o sistema jurídico. A "liberdade" na interpretação dos textos jurídicos proporcionada pelo império das correntes (teses, teorias) ainda arraigadas/prisioneiras do esquema sujeito-objeto tem gerado esse "estado de natureza interpretativo", representado por uma "guerra de todos os intérpretes contra todos os intérpretes", como que repristinando a fragmentação detectada tão bem por Hobbes. Cada intérprete parte de um "grau zero" de sentido. Cada intérprete reina nos seus "domínios de sentido", com seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas, etc. Os sentidos "lhe pertencem", como se estes estivessem a sua disposição, em uma espécie de reedição da "relação de

propriedade" (neo)feudal. Nessa "guerra" entre os intérpretes – afinal, cada um impera solipsisticamente nos seus "domínios de sentido" – reside a morte do próprio sistema jurídico.

Por tais razões é que a tese da resposta correta em um sistema "não avançado" (lembremos a observação de Dworkin sobre a temática, com a qual não é possível concordar) não é uma possibilidade, e sim, *uma necessidade.* Como já explicitado anteriormente, isso implica a superação do esquema sujeito-objeto, a partir dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Com isso, ultrapassa-se qualquer possibilidade da existência de grau(s) zero(s) de sentido – que se sustentam naquilo que venho denominando de "ideologia do caso concreto" –, resgatando a tradição autêntica (sentido da Constituição compreendido como o resgate das promessas da modernidade) e reconstruindo, a partir dessas "premissas", em cada caso, a integridade e a coerência interpretativa do direito.

A resposta correta é uma metáfora, como o juiz Hércules de Dworkin também o é. Para tanto – e aqui vai uma advertência indispensável –, a ruptura com o "estado de natureza hermenêutica" não se dará através de uma delegação em favor de uma instância última, isto é, um "abrir mão do poder de atribuir sentidos em favor de uma espécie de Leviatã hermenêutico".

Dito de outro modo, se a resposta para a fragmentação do estado de natureza medieval foi a delegação de todos os direitos em favor do Leviatã representado pela soberania absoluta do Estado (o Estado Moderno absolutista superou, desse modo, a forma estatal medieval), na hermenêutica jurídica de cariz positivista, a resposta para o império dos subjetivismos, axiologismos, realismos ou o nome que se dê a tais posturas – que colocam no intérprete (juiz, tribunal) o poder discricionário de atribuir sentidos – *não pode ser, sob hipótese alguma, a instauração de uma supra-hermeneuticidade* ou *a delegação dessa função para uma super-norma* que possa "prever todas as hipóteses de aplicação", que, *mutatis, mutandis,* é a pretensão última das

súmulas vinculantes. Assim, contra o caos representado pelos decisionismos e arbitrariedades, o *establishment* propõe um "neo-absolutismo hermenêutico".

Sendo mais claro, as súmulas vinculantes – do modo como são compreendidas pela dogmática jurídica (senso comum teórico) – encarnam essa instância controladora de sentidos metafisicamente, isto é, através delas, acredita-se que é possível lidar com conceitos sem as coisas, sem as peculiaridades dos casos concretos (o inusitado nisso é que, paradoxalmente, o império das múltiplas respostas se instaurou, exatamente, a partir de uma analítica de textos em abstrato). As súmulas constituem uma espécie de "adiantamento de sentido", uma "tutela antecipatória de palavras"...!

Não esqueçamos que as súmulas são decisões de caráter aditivo/manipulativo. Afinal, não existe súmula que refira, por exemplo, que determinado dispositivo é inconstitucional, pela simples razão de que, se tal dispositivo efetivamente fosse inconstitucional, teria sido assim declarado (ou isso ou teremos que aceitar uma certa esquizofrenia em nosso sistema jurídico). Vale lembrar que sempre houve no sistema um considerável número de súmulas enquadráveis como *contra legem*/inconstitucionais e *extra legem. O*s tribunais, quotidianamente, constroem normas jurídicas, através de novos textos (além da construção *stricto sensu* de novos textos legais, os tribunais efetuam forte atividade corretiva, o que se pode ver, *v.g.*, no julgamento do HC nº 72862-6),[58] que sequer necessitam ser transformadas em súmulas, alterando o ordenamento jurídico, sem que isto cause perplexidade no imaginário dos juristas. Na realidade, tais decisões somente causam perplexidade – e só então a questão é trazida para a discussão da dicotomia jurisdição-legislação e suas conseqüências – *quando determinadas decisões interpretativas (seja a classificação que se dê) mostram-se em desconformidade com o teto hermenêutico preestabelecido pela doutrina*

58 Cf. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil, DJ 25.10.96.

e pela jurisprudência. Ou seja, o limite do sentido e o sentido do limite ficam adstritos àquilo que o sentido comum aceita como possibilidade construtiva.

Da maneira como são compreendidas as súmulas vinculantes no interior do imaginário metafísico-positivista, estas se colocam como sucedâneos dos conceitos universais próprios da metafísica clássica-essencialista, justamente combatida por Hobbes (para não perder o valor da metáfora que fundamentou a superação da forma de dominação medieval), com a agravante, aqui, de que elas são criadas a partir de uma institucionalização de subjetivismos, axiologismos e realismos (todas variantes do esquema sujeito-objeto).

Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da "ideologia do caso concreto", circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado; na seqüência, para controlar esse caos, busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização, como se fosse possível uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação.

Isso permite afirmar que, na verdade, o combate ao "estado de natureza hermenêutica" originário da discricionariedade/arbitrariedade positivista acaba não sendo um combate ao positivismo. Ao contrário, destituído de uma adequada compreensão hermenêutica, a partir dos seus dois teoremas fundamentais, qualquer forma de vinculação jurisprudencial, por mais paradoxal que possa parecer, somente reforçará o positivismo, com a conseqüente continuidade do caos decisionista. Ou seja, na medida em que súmulas são textos e como o positivismo interpreta textos sem coisas, qualquer tentativa de vinculação jurisprudencial/conceitual receberá uma adaptação darwiniana do senso comum teórico dos juristas.

Neste ponto, cabe outra advertência: a afirmação de que a súmula é (também) um texto deve ser compreendida a partir de um olhar hermenêutico. Destarte, quando afirmo que a súmula

é um texto, quero dizer que esse texto, ao ser interpretado, deverá ensejar uma norma (sentido) que respeite, de forma radical, a coerência e integridade do direito. Caso contrário, ela será aplicada de forma objetificada, entificadamente, isto é, será uma categoria a partir da qual se fará deduções e subsunções.

Ora, na medida em que a súmula é feita para resolver casos futuros – e nisso reside um equívoco hermenêutico de fundamental importância, em uma simples comparação com os precedentes norte-americanos –, transformando *hard cases* em (futuros) *easy cases* (parece ser essa a sua razão maior), a tarefa do intérprete estará "facilitada": de um lado, decidir-se-á casos dedutivamente; de outro, será possível decidir milhares de processos de uma só vez. *Em ambas as hipóteses, soçobra a situação concreta*.

Afinal, como se diz na teoria da argumentação jurídica (para ficar nessa importante postura que pretende dar respostas ao problema da indeterminabilidade do direito nesta quadra da história), para "casos fáceis", *basta a subsunção* (sic). E tudo começa(rá) de novo...! Por isso, a necessidade – e não a mera possibilidade – de alcançar respostas corretas em direito.

3. Aportes finais: um decálogo hermenêutico

Uma reflexão crítica sobre a aplicação do direito não pode, pois, abrir mão dos pressupostos hermenêuticos que apontam para a superação do esquema sujeito-objeto,[59] dos "modelos"

59 De se consignar que há muitos trabalhos – produzidos sob minha orientação – que procuram aproximar as conquistas da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica do direito. Nesse sentido, é importante citar o núcleo de estudos hermenêuticos – *Dasein* – que, no âmbito do PPG em direito da Unisinos-RS, desenvolve atualmente um profícuo trabalho que procura enquadrar, hermenêutica e criticamente, fenômenos como o Ativismo Judicial, a Judicialização da Política e o problema da interpretação da Constituição, nesses mais de 20 anos de constitucionalismo democrático no Brasil. Esse grupo conta com a participação da mestranda Clarissa Tassinari, dos mestrandos Danilo Pereira Lima e Santiago Artur Berger Sito, além dos bolsistas de

Iniciação Científica Rafael Köche e Fabiano Müller. O *Dasein* também foi o espaço que fomentou os trabalhos de André Karam Trindade, Fausto Santos de Moraes e Rafael Tomaz de Oliveira. Há ainda, também, publicações importantes que foram forjadas na trilha daquilo que venho denominando "nova crítica do Direito". Nesse sentido, Cf. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio. A hermenêutica e a (in)determinação do direto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, em que este procura identificar o sincretismo conceitual que existe em torno do conceito de princípio procurando, a partir do paradigma da fenomenologia hermenêutica, um modo adequado de abordagem do conceito de princípio em tempos de constitucionalismo compromissório. Trata-se de obra importante para enfrentar o problema daquilo que venho chamando de *pan-principiologismo.* No campo do direito processual, também há importantes contribuições desenvolvidas a partir da hermenêutica filosófica e da filosofia hermenêutica. Nesse sentido, Cf. MOTTA, Francisco J. Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, que procurada enquadrar o problema do protagonismo judicial no âmbito da teoria processual a partir da teoria integrativa de Ronald Dworkin, agregada pela intersecção com a obra de Hans-Georg Gadamer, na linha daquilo que, em *Verdade e Consenso* venho trabalhando em termos de uma imbricação entre Gadamer e Dworkin. Também a obra de HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, que procura situar o campo da teoria processual em um ambiente hermeneuticamente adequado. Nesse sentido, Hommerding realiza uma desconstrução dos modelos liberais-individualista de teoria processual, propondo, a partir dos aportes da filosofia hermenêutica, uma compreensão hermenêutica do processo civil. Destaco, ainda, o trabalho de RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, que procura, a partir de uma crítica ao sincretismo praticado no Brasil entre as tradições da *civil Law* e da *common Law*, efetuar uma crítica ao modo como os precedentes judiciais são aplicados em *terrae brasilis*. É sempre importante lembrar que a jurisprudência brasileira tende a tratar os casos julgados pelos tribunais como fórmulas prontas – verdadeiras capas de sentido – passíveis de serem aplicadas aos casos futuros a partir de um modelo *prêt-à-porter.* A hermenêutica mostra, aqui, toda singularidade que brota a partir da análise do caso e a complexidade que toma conta do processo de interpretação do direito, que deve estar pautado pelos deveres de integridade e coerência. Importante também lembrar o trabalho de MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, no interior do qual o autor procura, no campo da Teoria Constitucional, encontrar um fundamento para a experiência do dirigismo constitucional, a partir da filosofia de Charles Taylor – autor que possui profundo vínculo com a hermenêutica no modo como ela se desdobrou no século XX. Enfim, há ainda uma centena de teses e dissertações que ventilam as propostas e os estudos desenvolvidos no âmbito do PPG

(solipsistas) de juiz "criados" para "enfrentar" as agruras da indeterminabilidade dos textos jurídicos na era dos princípios, assim como dos diversos dualismos próprios dos paradigmas metafísicos objetificantes (clássico e da filosofia da consciência). É preciso insistir nisso: consciência e mundo, linguagem e objeto, sentido e percepção, teoria e prática, texto e norma, vigência e validade, regra e princípio, casos simples e casos difíceis, discursos de justificação e discursos de aplicação, são dualismos que se instalaram no nosso imaginário, sustentados pelo esquema sujeito-objeto.

Não se quer dizer, entretanto, que as diversas teorias do direito não estejam preocupadas em buscar respostas ao problema da crise paradigmática que atravessa o direito. Mas, nessa busca de soluções para os problemas da metodologia do direito, o que não se pode fazer é "mixar" teorias, principalmente entre posturas procedimentais-argumentativas e perspectivas conteudísticas-ontológicas, para citar apenas estas.

Permito-me, nesse sentido, lançar dez pontos que deixam nítida essa impossibilidade de mixagens metodológicas:

> *Primeiro*, não se pode confundir hermenêutica com teoria da argumentação jurídica, isto é, hermenêutica (filosófica) não é similar a nenhuma teoria da argumentação[60] (por-

---

em Direito da Unisinos, particularmente ligados ao *Dasein –Núcleo de Estudos Hermenêuticos*, que funciona sob a minha coordenação. O fio condutor que une todos estes trabalhos pode ser traçado a partir da descoberta do caráter projetivo da interpretação; a defesa do caráter constitutivo da linguagem; e, em conseqüência disso tudo, a superação da relação sujeito-objeto pela intersubjetividade que instaura os sentidos do processo compreensivo.

60 Tenho sustentado que as teorias da argumentação não superaram o paradigma representacional (sujeito-objeto) e que a ponderação de que fala Alexy (em especial, ele) é um modo de repristinação da (velha) discricionariedade positivista, tese que, aliás, as teorias da argumentação afirmam combater. Os sintomas desses problemas podem ser percebidos, *v.g.*, a partir da – para mim, indevida – cisão entre casos fáceis e casos difíceis, quando Alexy (e seus seguidores, especialmente no Brasil) dizem que os *easy cases* são resolvidos por

tanto, não é possível com ela fundir – *por mais sofisticadas e importantes que sejam* – as teses de Alexy [2001], Atienza [2003], e Günther [2004]), para falar apenas destes. Por isso, ainda neste primeiro ponto do decálogo, não posso esquecer de repetir a denúncia que de há muito venho fazendo: a de que o Direito Constitucional (especialmente ele) foi "tomado" – aqui em *terrae brasilis* – por diversas "teorias dos princípios", por vezes autodenominadas "teorias da argumentação jurídica" (que, entretanto, não guardam fidelidade às TAJ's mencionadas anteriormente), sendo raro, nestes dias, encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção estrutural regra-princípio e à ponderação de valores (alguns ainda falam em "ponderação de interesses"). Claro que isso também acontece com os processualistas, bastando, para tanto, examinar os projetos dos novos Códigos de Processo Civil e Penal. A partir dessa mixagem teórica, são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si. Além da ponderação de princípios – que, saliente-se, no plano das práticas cotidianas dos juristas, não tem qualquer relação com a "ponderação de princípios" proposta por Alexy -, há quem defenda a ponderação de regras. Neste último caso, o que chama mais atenção é o fato de a ponderação ser um dos fatores centrais que marcam a *distinção* entre regras e princípios de Robert Alexy (princípios se aplicam por ponderação e regras por subsunção, é uma das máximas alexyanas). Daí a indagação: se a *ponderação* é o procedimento do qual o resultado será uma regra posteriormente subsumida ao caso concreto, o que temos como resultado da "ponderação de regras"? Uma "regra" da regra? Como fica, portanto, em termos práticos, a distinção entre regras e princípios, uma vez que deixa de ter razão de ser a distinção entre *subsunção* e *ponderação*? No Brasil, a ponderação aparece como procedimento generalizado de aplicação do direito. Isso é um equívoco. Ou seja, em todo e qualquer processo aplicativo, haveria a

---

subsunção (ou dedução) e os *hard cases* através da ponderação, momento em que os princípios são chamados à colação.

necessidade de uma "parada" para que se efetuasse a ponderação. Tal empresa – estender a ponderação para a aplicação de regras – se mostra destituída de sentido prático, visto que da regra irá resultar outra regra, essa, sim, aplicável ao caso, além de apontar para os equívocos na recepção da teoria alexyana entre os autores brasileiros. Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de *que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso.* A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – *não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que "pesa mais"* (*sic*), algo do tipo "entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um" (*sic*). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa "escolha direta";

segundo, quando se diz que a Constituição e as leis são constituídas de plurivocidades sígnicas (textos "abertos", palavras vagas e ambíguas, etc.), tal afirmativa não pode dar azo a que se diga que sempre há várias interpretações e, portanto, que o direito permite múltiplas respostas, circunstância que, paradoxalmente, apenas denuncia – e aqui chamo à colação as críticas de Dworkin à Hart – as posturas positivistas que estão por trás de tais afirmativas;

terceiro, quando, por exemplo, Gadamer confronta o método, com o seu *Verdade e Método*, não significa que a hermenêutica seja relativista e permita interpretações discricionárias/arbitrárias;

quarto, na mesma linha, quando se fala na invasão da filosofia pela linguagem, mais do que a morte do esquema sujeito-objeto, isso quer dizer que não há mais um sujeito que assujeita o objeto (subjetivismos/axiologismos que ainda vicejam no campo jurídico) e tampouco objetivismos;[61]

61 Despiciendo lembrar que a expressão "objetivismos" ou "objetivista" provém do paradigma aristotélico-tomista e não da dicotomia "subjetivistas ("vontade do legislador") - "objetivistas" (vontade da lei). Embora se possa fazer uma relação entre os termos – relação essa que necessitaria de uma ampla explicitação

quinto, quando se popularizou a máxima de que “interpretar é aplicar” e que “interpretar é confrontar o texto com a realidade”, não significa que texto e realidade sejam coisas que subsistam por si só ou que sejam “apreensíveis” isoladamente, sendo equivocado pensar, portanto, que interpretar é algo similar a “fazer acoplamentos entre um texto jurídico e os fatos;

sexto, de igual maneira, quando se popularizou a assertiva de que texto não é igual à norma e que a norma é o produto da interpretação do texto, nem de longe quer dizer que o texto não vale nada ou que norma e texto sejam “coisas à disposição do intérprete”, ou, ainda, que o intérprete possui arbitrariedade para a “fixação da norma” (sentido do texto);

sétimo, se texto e sentido do texto não são a mesma coisa, tal circunstância não implica a afirmação de que estejam separados (cindidos) ou que o texto contenha a própria norma, mas sim, que apenas há uma diferença (ontológica) entre os mesmos; é preciso compreender que a norma é o texto em forma de enunciados, em que o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, isto é, *aquilo que se diz sobre ele;*

oitavo, é um equívoco pregar que o texto jurídico é apenas “a ponta do iceberg”, e que a tarefa do intérprete é a de revelar o que está “submerso” (por exemplo, os “valores” da sociedade – *sic*), porque pensar assim é dar azo à discricionariedade e ao decisionismo, características do positivismo;

nono, não pode restar dúvida de que tanto a separação como a dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas, em face daquilo que se convencionou chamar de institucionalização da moral no direito (esta é uma fundamental contribuição de Habermas para o direito: a co-originariedade entre direito e moral), circunstância que reforça, sobremodo, a autonomia do direito. Isto porque a moral

---

no plano da teoria do direito - , na verdade estou a tratar de um paradigma filosófico (que teima em não desaparecer) e não propriamente da contraposição das referidas posturas surgidas no século XIX.

regula o comportamento interno das pessoas, só que esta "regulação" não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais (apenas) quando de sua elaboração legislativa (veja-se, a seguir, essa discussão no subtítulo que trata do criptograma da discricionariedade). Observemos: é por isso que o Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade (nem) para o legislador, porque ele está vinculado a Constituição (lembremos sempre a ruptura paradigmática que representou o constitucionalismo compromissório e social). O "constituir" da Constituição é a obrigação suprema do direito. É, pois, a virtude soberana (parafraseando Dworkin). A partir da feitura da lei, a decisão judicial passa a ser racionalizada na lei, que quer dizer, "sob o comando da Constituição" e não "sob o comando das injunções pessoais-morais-políticas do juiz ou dos tribunais". Essa questão é de suma importância, na medida em que, ao não mais se admitir a tese da separação (e tampouco da vinculação), não mais se corre o risco de colocar a moral como corretiva do direito. E isso terá conseqüências enormes da discussão "regra-princípio".

Décimo, como consequência, nos casos assim denominados de "difíceis", não é mais possível "delegar" para o juiz a sua resolução. Isto porque não podemos mais aceitar que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se postule que a luz para determinação do direito *in concreto* provenha do protagonista da sentença. Do mesmo modo, a idéia de imparcialidade pura do juiz ou o uso de estratégias argumentativas para isentar a responsabilidade do julgador no momento decisório podem levar à introdução de argumentos de política na decisão jurídica. Nesse sentido são precisas as afirmações de Dworkin: "A política constitucional tem sido atrapalhada e corrompida pela idéia falsa de que os juízes (se não fossem tão sedentos de poder) poderiam usar estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Os juízes que fazem eco a essa idéia falsa procuram ocultar até de si próprios a inevitável influência

> de suas próprias convicções, e o que resulta daí é uma suntuosa mendacidade. Os motives reais das decisões ficam ocultos tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público. Já a leitura moral prega uma coisa diferente. Ela explica porque a fidelidade à Constituição e ao direito *exige* que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases destes juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundados em princípios, que permitam ao público participar da discussão"(Dworkin, 2006, p. 57). Isso significa que, para além da cisão estrutural entre casos simples e casos difíceis, não pode haver decisão judicial que não seja *fundamentada* e *justificada* em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito. Desse modo, tem-se por superada a discricionariedade a partir do dever fundamental de resposta correta que recai sobre o juiz no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Não posso esquecer, aqui, de repetir a denúncia que de há muito venho fazendo: a de que o Direito Constitucional (especialmente ele) foi "tomado" – aqui em *terrae brasilis* – por diversas "teorias dos princípios" – por vezes autodenominadas "teorias da argumentação jurídica" –, sendo raro, nestes dias, encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção estrutural regra-princípio e à ponderação de valores (alguns ainda falam em "ponderação de interesses"). A partir dessa mixagem teórica, são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si. Além da ponderação de princípios, há quem defenda a ponderação de regras. Neste último caso, o que chama mais atenção é o fato de a ponderação ser um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios de Robert Alexy (princípios se aplicam por ponderação e regras por subsunção, é uma das máximas alexyanas). E mais: se a *ponderação* é o procedimento do qual o resultado será uma regra posteriormente subsumida ao caso concreto, o que temos como

resultado da "ponderação de regras"? Uma "regra" da regra? Como fica, portanto, em termos práticos, a distinção entre regras e princípios, uma vez que deixa de ter razão de ser a distinção entre *subsunção* e *ponderação*? No Brasil, a ponderação aparece como procedimento generalizado de aplicação do direito. Isso é um equívoco. Ou seja, em todo e qualquer processo aplicativo, haveria a necessidade de uma "parada" para que se efetuasse a ponderação. Tal empresa – estender a ponderação para a aplicação de regras – se mostra destituída de sentido prático, visto que da regra irá resultar outra regra, essa, sim, aplicável ao caso, além de apontar para os equívocos na recepção da teoria alexyana entre os autores brasileiros.

> Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de *que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente* o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – *não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que "pesa mais"* (*sic*), algo do tipo "entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um" (*sic*). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa "escolha direta".

Em outras palavras, não é possível servir a vários senhores da ciência ao mesmo tempo. Trata-se de uma opção paradigmática, o que acarreta uma impossibilidade de misturar, por exemplo, posturas ainda assentadas no esquema sujeito-objeto (em menor ou maior grau) e posturas antiepistemológicas. Definitivamente, hermenêutica não é teoria da argumentação, do mesmo modo que verdade não é consenso. Não é possível lançar mão tão-somente das "partes nobres" de cada teoria (ou paradigma), descartando as insuficiências.

Mas, atenção: a hermenêutica não afasta a epistemologia. Entretanto, o que não é possível fazer é confundir os níveis nos

quais nos movemos. Ou seja – e deixo isso claro em meu *Verdade e Consenso* –, quando explicito o (já) compreendido, esse processo se dá no nível lógico-argumentativo, e não filosófico. E, insista-se: filosofia não é lógica. Esse "proceder epistemológico" é antecipado; *não se confunde com o próprio conhecimento*. Pela hermenêutica, fazemos uma fenomenologia do conhecimento. Não é uma coisa concreta. É, sim, a descrição da autocompreensão que opera na compreensão concreta. Na explicitação é que haverá o espaço de uma teoria do conhecimento.

Na era das Constituições compromissórias e sociais (e dirigentes), enfim, em pleno pós-positivismo, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que sirva tão somente para colocar "capas de sentido" aos textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução. Conseqüentemente, o método (o procedimento discursivo) sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da "realidade". Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu.

De todo modo, devemos reconhecer que, visando à realização das promessas incumpridas da modernidade, as diversas teorias críticas (teoria do discurso habermasiana, as diversas teorias da argumentação, a hermenêutica filosófica, a metódica estruturante, etc.), todas perfeitamente inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, *têm, inequivocamente, um objetivo comum*: a superação do positivismo jurídico e do dogmatismo que se enraizou na doutrina e na jurisprudência, responsáveis em grande medida pela inefetividade da Constituição (circunstância que assume foros de dramaticidade em países de modernidade tardia como o Brasil). Cada uma das correntes filosóficas ou teorias, ao seu modo, apontam as possíveis saídas para a superação da crise do direito brasileiro, cada vez mais aguda. Nessa intensa procura, há algo que é inacessível e isto

parece incontornável. Ou algo que é incontornável e que, por isso, inacessível...

Nesse contexto do cotejo das diversas teorias, é preciso trazer à lume uma questão de extrema relevância, quem vem confundindo a comunidade jurídica, fruto de diferentes equívocos acerca da relação "positivismo/pós-positivismo", além da necessária questão relacionada ao papel desempenhado pelo juiz diante da relação entre os Poderes do Estado. A dogmática jurídica – compreendida *lato sensu* (dos críticos aos tradicionais-conservadores) – não conseguiu ainda construir os alicerces para a compreensão do que seja um paradigma e o papel do positivismo jurídico (e o que seja, efetivamente, uma "postura positivista"). Não é difícil constatar a confusão entre os vários tipos de positivismos. A maioria dos juristas ainda combate o positivismo primitivo (exegético).

Com efeito, em julgamentos nos tribunais e em conferências empolgadas, lemos e ouvimos que os juízes não devem "cumprir a letra 'fria' (sic) da lei" e que há(veria) dois tipos de juízes: o positivista, que se apega à lei e o crítico-pós-positivista, que se utiliza dos princípios (sic). Segundo se diz por aí, o primeiro tipo de juiz deve "desaparecer"; o segundo, o dos princípios, é o modelo ideal. Só que, nesse último caso, ao incentivarem a "busca dos valores", seus autores mal sabem que, o que estão fazendo, é uma vulgata do velho positivismo fático...! E, com isso, fragilizando a autonomia do direito. Mas, mais do que isso, fragilizam a divisão entre as funções e poderes do Estado nesta fase da história.

Ora, desde quando obedecer uma lei democrática nos seus mínimos detalhes é "ser um positivista"? Na verdade, confundem-se conceitos. Vejamos: positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) é uma coisa distinta, porque separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda presente no imaginário dos juristas – em torno da *proibição de interpretar*, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos

remete ao período pós-revolução francesa e todas as conseqüências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um "fechamento semântico" do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma "questão menor" (lembremos, aqui, de Kelsen): *o problema do direito não está no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deônticas de validade das "normas jurídicas"*.

Mas, uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade (que leva à arbitrariedade, aos decisionismos, ativismos, etc). E isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. *Isso tem conseqüências drásticas para a concepção do direito como um todo!* Quero dizer: saltamos de um legalismo rasteiro que reduzia o elemento central do direito, ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na idéia de direito presente no positivismo normativista), *para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade.* Afinal – e me lembro aqui de Elias Dias –, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional.

Eis o "ovo da serpente". Obedecer "à risca o texto da lei democraticamente construída" (já superada – a toda evidência - a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a "exegese" à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. Falamos hoje, pois, de uma "outra" ou de uma nova legalidade. Como exemplo, cito a "literalidade do art. 212 do CPP (na nova redação trazida pela Lei n. 11.690/08, que inverte a ordem das perguntas às testemunhas). Ora, aplicar

o dispositivo em tela é não só obedecer (também) “literalmente” a Constituição, como institucionalizando o sistema acusatório, tão reclamado pelos processualistas penais. A legalidade reclamada, neste caso, é *uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito*; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional.

Por tudo isso, “cumprir a letra da lei” significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência: tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa como aquele que diz que estão “descolados” (no caso, as posturas axiologistas, realistas, etc.), são positivistas. Para ser mais simples: Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas. Como positivistas são hoje os juristas que apostam na discricionariedade judicial...! Ou em ativismos judiciais irresponsáveis (o que dá no mesmo). Seja isso para o bem ou para o mal.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

Arnaud, André-Jean. *Le courrier du CNRS. Les sciences du droit*, abril de 1990.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. 3.ed. São Paulo: Landy, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1986.

_______. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1977.

_______. *Direito de Liberdade. Leitura Moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*, Ergänzungen Register. Tübingen, J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993.

_______. *Wahrheit und Methode*. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990.

GRONDIN, Jean. *Einführung zu Gadamer*. Tübingen, J,C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2000.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechsstaats. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.

HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Siebzehnte Auflage. Tübingen, Max Niemayer, Verlag Tübingen, 1993.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MOTTA, Francisco J. Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2001.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *In: Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 14, Alicante, 1993.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio. A hermenêutica e a (in)determinação do direto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A Inovação tecnológica como instrumento de efetividade dos direitos humanos de terceira geração

Nilton César Flores[62]
Ana Cristina Willemann

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe um novo marco teórico de proteção para a sociedade brasileira, quando no seu art. 225 afirma que: " todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado".

Após mais de vinte anos de um Estado Democrático de Direito podemos estabelecer algumas considerações críticas para o modelo adotado no Brasil e na sociedade internacional.

Inicialmente cabe destacarmos que o paradigma de proteção ambiental sempre esteve associado a viabilidade econômica, ou seja, havia um discurso teórico de proteção, mas faltava efetividade, já que para implementar os mecanismos de proteção eram necessários mudanças de paradigma dos setores produtivos, do Estado e da população mundial. Entretanto, somente um percentual pequeno de cada um dos setores estava

62 Doutor pela UFSC, professor do programa de Mestrado e doutorado da UNESA, Professor adjunto da UFF, Coordenador do Grupo de pesquisa GEDAPI em direito ambiental e propriedade intelectual, advogado e coordenador do PROCAD-CAPES. Cesarflores2004@hotmail.com

disposto a implementar medidas efetivas de proteção ao meio ambiente[63].

O meio ambiente possui alguma proteção jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto direito fundamental de terceira geração e com a positivação na legislação ordinária sobre direito ambiental.

Porém, o ordenamento jurídico não conseguiu ainda garantir a efetiva proteção no plano social, do meio ambiente; e isto se deve pelo fato de que a economia tem um papel importantíssimo na viabilidade de um meio ambiente sustentável, pois toda e qualquer ação visando dar efetividade aos direitos ambientais tem um custo financeiro e na medida em que a economia mundial, com seus índices, sinaliza uma crise, as ações governamentais desviam os recursos anteriormente designados para áreas sociais, para atender ao mercado.

Mas como estas medidas poderiam ser interpretadas como politicamente incorretas, utiliza-se como legitimador os elementos sociais de proteção ao emprego e do próprio sistema financeiro internacional.

Obviamente que não podemos discordar de que medidas precisam ser tomadas diante de uma crise econômica, e que o agravamento de crises mundiais é lesivo aos direitos ambientais; entretanto o direito tem um papel determinante num momento anterior - o de regulação das relações econômicas. E não se pode excluir a normatização e a proteção do homem e dos direitos fundamentais, em nome de um outro direito, secundário na sua natureza, mas fundamental na forma, ou seja, o direito econômico e a liberdade do mercado.

Logo, proteger juridicamente a liberdade econômica é importante e fundamental, mas não se pode sobrepor aos direitos

---

63 O debate dos problemas ambientais são resultado do Grupo de Estudos em direito ambiental e propriedade intelectual, desenvolvido com alunos da UNESA e UFF, GEDAPI-UFF. Neste artigo tive a colaboração da aluna Bárbara Lemos (UFF), cujos trabalhos de iniciação científica enriqueceram muito no resultado final do texto.

fundamentais do homem, em especial os direitos ambientais, pois proteger o meio ambiente é proteger a própria vida, numa escala difusa e coletiva.

A época de uma sociedade onde a relação do homem com a natureza era a de que os recursos seriam ilimitados estão dando sinais claros de que era um equívoco e de que precisamos reformular este pensamento, para um modelo de sustentabilidade e aplicação do princípio da solidariedade, que consistiria na aplicabilidade da função social ajustada as questões de direitos difusos e humanitários. Como por exemplo, quando se coloca em risco a biodiversidade e a própria existência humana.

O direito necessita sistematizar as normas jurídicas num novo paradigma de sustentabilidade, cujos regimes jurídicos de proteção ambiental estejam adequados a uma relação de dimensões coletivas e numa escala de massa, já que com a tecnologia da informação o consumo aumenta em proporção geométrica.

Crescimento excessivo do consumo gera maior necessidade de recursos naturais e em alguns casos crescimento sem sustentabilidade. Mas o que pensar, já que se prioriza soluções econômicas e seus reflexos e não o meio ambiente?

Como obter respostas a esta grande desordem econômica global? O mercado passa a ser o vilão, quando os sujeitos econômicos não querem se apresentar como os responsáveis pelo agravamento da miséria mundial e pelo desequilíbrio ambiental. O mercado está nervoso! Costumamos ouvir, enquanto se tenta legitimar uma ação econômica com graves efeitos no mundo jurídico.

Seja através do comércio eletrônico, utilizando a internet, ou mesmo quando se tem a facilidade de voar para os destinos mais distantes do globo. O paradigma foi quebrado e podemos ter acesso a uma diversidade de produtos e serviços, desde que não estejamos fora da "tribo" de consumidores.

Diante do poder de compra, que pode ser maior ou menor, passamos a ser bombardeados diariamente para uma necessidade consumerista. O consumo passa a ser um desejo, que é

cientificamente estudado por diversos profissionais (publicitários, psicólogos, economistas, juristas, administradores, dentre outros) para fazer com que as pessoas consumam sem necessidade e cada vez mais

O consumo de massa é construído para atender a uma necessidade social e comercial, cuja base e referência estratégica passa pelo reconhecimento de símbolos, marcas, de status social e de qualidade; que podem ser identificadas independentemente da nacionalidade, religião, cultura ou poder econômico do indivíduo. O símbolo atinge todos e nos deixa fascinado pelo que representa.

O produto deixa de ser produto para ser uma emoção, o indivíduo não tem um relógio, ele tem um Rolex; não tem uma bolsa, tem uma Louis Vuitton; não tem um celular, tem um Iphone; não tem um tênis, tem um Nike. Em todos estes casos o símbolo da marca transcende o produto em si e expressa uma emoção.

O homem deixa de ser ele na essência para representar um papel na sociedade global, onde a aceitação percorre um ciclo de consumo, e competitividade, onde cada um tem seu preço e se esquece dos valores essenciais, que construíram os direitos fundamentais.

Por isso afirmamos que a economia e o estilo de vida consumista é uma negação aos direitos essenciais do homem e dificulta a efetividade do mínimo existencial, pois aumenta as desigualdades e amplia o modo egoísta e competitivo na sociedade moderna.

Ocorre que cada consumidor individual é um produtor de lixo, na proporção do seu consumo deixa um rastro de destruição, pois a cada dia necessita de mais energia e mais insumos para lhe garantir a necessidade de satisfação do seu emocional consumista. Mas a marca e as sociedades empresárias estão apenas priorizando as vendas e não o pós venda. O que as sociedade empresárias que comercializam aparelhos de celular tem feito de concreto para recolher os milhares de aparelhos,

carregadores e baterias que são descartados? Qual a percepção do consumidor e proprietário de um aparelho celular sobre a sua responsabilidade socioambiental?

Quando percebermos que a economia não é uma ilha em si mesma e que necessita estar relacionada com o meio social, assim como o meio ambiente não é uma ilha em si mesma e precisa estar relacionado com as necessidades da sociedade, iremos entender melhor a importância do ser humano nesse processo de bem estar.

O direito ainda reflete um modelo de proteção voltado apenas para os aspectos da liberdade e da igualdade, mas ignorando a fraternidade, enquanto elemento indispensável para que tenhamos uma efetividade do art. 170 da Constituição Federal.

Entretanto a medida não pode ser unilateral, pois um único Estado não será capaz de reverter os danos ambientais, nem de enfrentar os princípios econômicos de uma engrenagem global.

Assim, cada setor deverá assumir sua responsabilidade: o consumidor deve ser seletivo e utilizar os meios de comunicação em massa para divulgar a marca de produtos e serviços que não são sustentáveis; o Estado deve legislar e dar efetividade as normas; e o setor produtivo deve investir em tecnologias e inovações que sejam sustentáveis.

O ponto mais sensível da proposta está na mudança de paradigma do setor produtivo, pois estamos sugerindo que a inovação seja compartilhada toda vez que tenha uma finalidade de proteção ambiental. Mas para esta tese funcionar e ser viável necessitamos de um fundo de investimentos ambientais, gerido pelo setor privado nos diversos seguimentos industriais, de modo que todos paguem pelas novas tecnologias. Ocorre, que a cada nova tecnologia não teremos apenas uma empresa se beneficiando, mas todo setor.

Evidentemente que é uma mudança e que toda mudança pode gerar desconforto e insegurança, mas há necessidade de mudança de hábitos para que seja viável a vida no planeta.

As informações mostram que o ritmo de extinção de espécies é mil vezes maior que o natural e, no que tange à economia, o prejuízo é de US$ 5 trilhões anuais. As perdas ocorrem na agricultura, na regulação do clima e no abastecimento de água, por exemplo. Tal alerta dramático foi ecoado na abertura da 10ª Conferência das partes sobre Biodiversidade (COP 10), em Nagoya, no Japão e sempre é reforçado a cada Conferência sobre nosso ecossistema.

As mudanças climáticas também assustam. O fato de maior relevância é incontestável: A concentração de dióxido de carbono na atmosfera aumentou 30% desde o início da era industrial, principalmente em função da queima de combustíveis fósseis. Este acrescentamento está desencadeando um aquecimento de longo prazo, propiciador de eventos catastróficos. Junho de 2010 foi o 304º mês consecutivo em que a temperatura nos oceanos e em terra ficou acima da média do século XX, segundo dados da Agência Nacional Atmosférica e Oceânica dos Estados Unidos (NOAA, na sigla em inglês).

Os acontecimentos calamitosos deveriam estimular os liderem mundiais, a fim de que ocorresse uma aceleração nas discussões atualmente em andamento, com o intuito de fornecer financiamento em larga escala para os países mais pobres desenvolverem infraestrutura para lidar com futuros choques climáticos. Deve-se dizer, também, que independentemente do que a União Européia e o resto do mundo façam, se Estados Unidos e China não alterarem suas políticas atuais, haverá precária ou nenhuma esperança de conter as mudanças climáticas.

Entretanto, sem ilusões quanto aos EUA, ainda mais depois da crise econômica, que deixaram incerto o futuro das negociações climáticas. Políticos europeus têm minimizado o papel fundamental da China, a economia mais pujante do mundo e que, mesmo muito dependente do carvão, é a que mais tem investido em energias renováveis. Os chineses, ao revés, resistem a maiores compromissos argumentando que suas emissões *per capita* são muito menores que as européias ou americanas. Valem-se,

também, da responsabilidade histórica pelo problema, ou seja, por que a China tem que reduzir seu crescimento se as potências econômicas para chegarem onde estão tiveram de colonizar, conquistar, destruir e poluir, sem nenhum tipo de discurso ambiental.

Diante deste impasse só se vislumbra uma solução, uma tecnologia compartilhada que possibilite o crescimento sem poluição

Os compromissos da primeira fase de Kyoto, por sua vez, são tímidos demais para o tamanho do desafio, e a Europa considera estar sozinha no páreo. Já a traumática conferência de Copenhague, no final de 2009, não logrou total fracasso, visto que vários países começaram a colocar suas metas um pouco antes da COP-15: Japão, Coréia do Sul, México, África do Sul, China, Índia e Brasil, para citar alguns. Tratando de Brasil, este vem sendo citado como essencial nas negociações, capaz de fazer a ponte entre os emergentes, o mundo em desenvolvimento e os países industrializados.

Malgrado o nascimento conjunto na Rio 92, a COP 10, apontada como a convenção de biodiversidade mais disputada dos últimos anos, não despertou a mesma atenção que o aquecimento global, este sim líder da agenda ambiental internacional. Todavia, o fracasso no Japão teria mais impacto negativo sobre o Brasil do que as discussões acerca do clima, em Copenhague. Ocorre que o Brasil responde sozinho por 20% da diversidade oriunda das florestas tropicais remanescentes no Hemisfério Sul, daí a necessidade de um aprofundamento no tema.

O protocolo ABS (Acess and Benefit Sharing) é uma peça fundamental para o sucesso das discussões, pois regulamenta o acesso a recursos genéticos e a repartição de benefícios gerados pela biodiversidade. O acordo será tão importante para a convenção da biodiversidade como é o Protocolo de Kyoto para a convenção do clima. Em pauta está o acesso dos países ricos a matérias-primas biológicas dos países em desenvolvimento,

mas com a garantia de compensações dos setores beneficiados, a exemplo da indústria farmacêutica.

Na prática, o documento reconhece o valor econômico dos recursos naturais e do conhecimento de quem sabe usá-los: As comunidades tradicionais. Isso traz resultados positivos a todos e ajuda a conservação dos recursos naturais, além de possibilitar o surgimento de mecanismos de transferência de tecnologia.

Uma das propostas é um acordo comercial, que tem como objetivo combater negócios ilegais, liderado pelos EUA e pela União Européia, envolvendo mais 40 países, não conta com a participação de países emergentes como o Brasil, China e Índia. Esse fato dificulta sua abrangência global, visto que são países alvo do acordo.

Os participantes explicam o que o acordo tem como objetivo conter a extensão da pirataria, que hoje vai além dos produtos tradicionais, atingindo remédios e até mesmo peças para carros e aviões. Para o Brasil, em contrapartida, o mesmo não tem legitimidade e é desequilibrado, uma vez que "só olha o lado dos direitos de propriedade intelectual, sem levar em conta também as obrigações de quem detém esses direitos" como diz Roberto Azevedo, embaixador brasileiro junto a OMC.

Os analistas alegam que o acordo procura o "enforcement (observância), mas na prática quer abrir o terreno para que padrões americanos e europeus sejam estabelecidos para o resto do mundo".

Os europeus dizem que 99% do acordo está fechado, entretanto representantes dos países emergentes mantêm a sua posição de que nas bases atuais ele dificilmente se tornará global, ou seja, ou se busca um acordo de interesse coletivo ou manteremos os mesmos paradigmas de exploração econômica e de falsos paradigmas coletivos.

O governo brasileiro deseja primordialmente transferência de recursos, mas também cooperação internacional e capacitação tecnológica, já a UE, por sua vez, defende frear a perda

da biodiversidade até 2020, meta que o Brasil considera "ambiciosa".

Os empresários querem segurança no marco jurídico para desenvolver seus projetos lançando mão da biodiversidade. O MEB brasileiro, Movimento Empresarial pela Biodiversidade, começou em agosto de 2010 com seis empresas, dentre elas Natura e Vale. A intenção das companhias é participar ativamente do posicionamento do governo na COP 10, pois acreditam que é necessário criar um marco regulatório que aponte como os benefícios na exploração de produtos naturais devam ser divididos e como deve ocorrer o acesso aos recursos genéticos.

Um processo que exemplifica a necessidade de regulação jurídica no que tange às questões ligadas ao meio ambiente é o Upcycling. Este é um mecanismo através do qual, sem afetar a natureza, materiais anteriormente descartáveis seriam transformados em novos artigos. O empreendimento do Upcycling, entretanto, pode ser desafiado pelos direitos de propriedade industrial dos titulares de marcas que, eventualmente, venham a ser usadas na confecção desses produtos "reciclados", por isso precisamos rever alguns institutos de propriedade intelectual.

Todavia, cada vez mais conscientes sobre a questão ambiental, os consumidores despertam o interesse de empresas, que passam a desejar congregar o seu nome ao apelo sustentável. É o caso dos negócios sustentáveis, atividades cada vez mais rentáveis.

À exemplo do mercado de imagens de satélite, que cresce 20% ao ano no Brasil por conta do controle ambiental. O que antes era um privilégio passou a ser mais acessível, e hoje é uma importante ferramenta de negócios. Em 2010, as vendas ultrapassaram R$12 milhões no Brasil, com previsão para crescer 50% no próximo ano. As imagens são destinadas principalmente à agropecuária e a aplicações ambientais, podendo, inclusive, no caso brasileiro, contribuir para revelar as riquezas da Amazônia e colaborar com as ações policias.

Percebendo que soluções inovadoras geram valor positivo para a sociedade e para as empresas, cresce, inegavelmente, o mercado de "tecnologias verdes". A palavra de ordem é a contenção de recursos. A economia verde incorpora produção em escala à preservação e redução de impactos.

Duas grandes corporações que trabalham com inovação uniram-se para levar adiante um projeto nesse sentido. A Natura lançou uma linha de sabonetes com embalagem em plástico produzido a partir de materiais renováveis. A embalagem em polietileno verde, confeccionada a partir de resíduo de cana-de-açúcar, foi desenvolvida pela Braskem, que ainda deverá criar um centro de pesquisa e desenvolvimento (P&D) para focar em inovação. Com o projeto, a empresa tornar-se- a a maior produtora de termoplásticos verdes, ou seja, renováveis, do mundo.

A L'Oréal também lançou mão de novos materiais para, neste caso, evitar a derrubada de árvores. São produtos confeccionados a partir de sobras pré-consumo, embalagens que podem ser recicladas ou reabsorvidas com mais facilidade, em materiais biodegradáveis ou compostáveis, e produtos com arrefecimento do uso de solventes e material tóxico. Uma das soluções encontradas foi a substituição da celulose da madeira pelas fibras do bagaço de cana-de-açúcar na produção de caixas de embarque de papelão. Segundo a empresa, significa que, mensalmente, 1.000 árvores deixam de ser derrubadas.

Vanguarda também é a pauta da Coca-cola. Após um período de desenvolvimento junto a parceiros, a multinacional está lançando garrafas de refrigerante com 30% de matéria renovável. A chamada PET PlantBottle é importada da Ásia. O custo, não revelado, é superior ao da garrafa feita de resina petroquímica. Aliás, este é um dos desafios das pesquisas que trabalham com sustentabilidade: encontrar técnicas que reduzam a diferença de custo de produção de 50% entre o artigo verde e o tradicional.

A Nike, líder em artigos esportivos, impôs ao seu time de designers o desafio de inovar com o menor impacto ambiental possível. A meta de reduzir danos ao ambiente ajudou a empresa

a enfrentar o escândalo de trabalho infantil que gerou uma grave crise à marca. A saída, de acordo com Hannah Jones, vice-presidente da Nike para Sustentabilidade e Inovação, foi criar um índice interno de impacto ambiental. Ao pensar em um novo produto, o designer também reflete sobre todos os insumos que utilizará para a confecção, incluindo químicos e o resíduo gerado. Um programa de computador processa as informações e gera notas para os protótipos.

Tratando ainda de técnicas inovadoras, a BASF, uma das maiores empresas químicas do mundo, desenvolveu "plásticos que viram adubo". Em1998 lançou o Ecoflex, um polímero fabricado a partir do petróleo, entretanto, compostável. Já em 2006 a BASF foi além: Desenvolveu o Ecovio, feito de uma mistura de Ecoflex com PLA (ácido polilático), um derivado do milho. Uma sacolinha produzida a partir do Ecovio, quando descartada corretamente, é digerida pelos micro-organismos em cerca de 180 dias, comportamento semelhante ao do lixo orgânico, garante a empresa. Insere-se, portanto, o Ecovio em duas atuais megatendências: a economia de recursos fósseis e a melhora na gestão de resíduos.

Para os brasileiros a novidade é ainda maior. Em 2007 nasceu uma parceria com a BASF no Brasil que originou um plástico biodegradável totalmente desenvolvido no país, o Ecobras, resultante da combinação de Ecoflex com amido de milho. Não poderia ser diferente, como país "megabiodiverso" temos um vasto horizonte de possibilidades que precisa ser seriamente estudado e aplicado.

Surgem soluções inovadoras, também, para a construção civil. O conceito de sustentabilidade alcançou o setor com medidas que reduzem o consumo de energia e corrigem danos que as construções provocam ao meio ambiente. Um exemplo é o Ecopavimento, que evita a interferência das construções na permeabilidade dos solos. Mais uma vez a Braskem lidera o movimento por meio de sua área de inovação nas divisões de polipropileno e vinílicos. Outro produto inovador é o Concreto PVC,

que proporciona velocidade de execução à obra, desenvolvido pela canadense Royal e fabricado no país pela Global.

Arquétipo da combinação entre sustentabilidade e construção civil é um prédio construído pela UTC Engenharia em Niterói, no Rio de Janeiro. Foi a primeira obra de construção Certificada LEED (Leadership in Energy and Envirement Desing) do Green Building Concil, em canteiro de obras da América Latina. O edifício visa à diminuição do consumo de água e energia, com redução de até 40% nos custos operacionais. Houve gerenciamento de resíduos da obra e pós-obra, com destinação a recicladores e emprego de materiais não poluentes ou tóxicos. Enfim, este é um modelo de prédio que merece ser imitado.

A indústria automobilística pode ser citada como uma das principais causadoras da poluição atmosférica, o setor vem se reinventando e já lança mão de plásticos, fibras naturais e borrachas produzidos por meio da nanotecnologia, com o objetivo de tornar os carros mais leves, queimando, assim, menor quantidade de combustíveis fósseis e reduzindo as emissões de poluentes. De acordo com estudos internacionais, cada quilo de alumínio no lugar do aço ou ferro fundido ajuda a poupar emissões de até 20 kg de dióxido de carbono.

Mesmo a indústria de pneus busca reduzir os impactos ao meio ambiente. A Goodyear desenvolveu em seus centros de pesquisa em Akron e Luxemburgo, em conjunto com a Genecor, empresa especializada em biotecnologia, o bioisopropeno, polímero a ser produzido a partir da biomassa como da cana-de-açúcar ou do milho. Nos pneus para caminhões a empresa também trabalha para aumentar a durabilidade dos produtos por meio da tecnologia Duralife.

Muitas das inovações estão surgindo por meio de pequenas empresas que se reuniram na recém criada Associação Brasileira de Polímeros Biodegradáveis e Compostáveis (Abicom). Segundo dados da própria associação, cresce em todo o mundo a preocupação com o descarte de embalagens, especialmente com as mudanças nas famílias e um número crescente de pessoas

morando sozinhas, consumindo, portanto, mais recipientes. As inovações também surgem na administração dos negócios. Os supermercados do interior de São Paulo, por exemplo, começaram a cobrar pelas sacolinhas de plásticos. A iniciativa foi da Associação Paulista de Supermercados (Apas), a prefeitura e os supermercados, com o intuito de inibir o uso indiscriminado de sacolas e evitar que 60 toneladas mensais de plástico sejam descartadas nos lixos da cidade. É uma iniciativa simples e viável à primeira vista, que pode ser adotada imediatamente por vários estabelecimentos, enquanto os resultados das pesquisas com tecnologia verde não se tornam mais comuns e mais baratos às empresas e ao consumidor.

Outra possibilidade, desta vez por parte do poder público, é o controle ambiental. Depois de uma auditoria internacional na CSN, feita de setembro a dezembro de 2009, em conseqüência de um vazamento de borra oleosa da unidade carboquímica que atingiu o rio Paraíba do Sul, a Secretaria Estadual de Ambiente do Rio de Janeiro estabeleceu um Termo de Ajuste de Conduta (TAC) para investimentos da siderúrgica na área ambiental. Entre os principais focos dos investimentos estão o controle das emissões e de efluentes líquidos e a destinação de resíduos sólidos.

Por fim, criar uma legislação e conceder incentivos fiscais, como vem acontecendo com a cultura depois da Lei Rouanet, renovar o ímpeto de colaboração internacional e não esperar evolução apenas por parte de regulamentações, ao revés, trabalhar com inovação social, econômica e tecnológica são as medidas imprescindíveis para continuar com a idéia de sustentabilidade.

As ações necessárias para implementar um novo estilo de vida criarão oportunidades inéditas que se transformariam em múltiplas recompensas para todos os setores da sociedade. Como país extremamente rico em biodiversidade temos responsabilidade e competitividade únicas que precisam ser desenvolvidas. Investir em P&D é uma das saídas para o país, de certa forma atrasado em inovações, como ilustram bem os dados de

patentes, alem de estreitar os laços entre as empresas e universidades para a produção do conhecimento aplicado.

Há, também, por trás de todo o apelo sustentável, valores econômicos e sociais que precisam ser reavaliados, senão a ideia sustentável não passará de mero lobby. Soluções devem ser buscadas para que a população não seja onerada. O poder público deve estar mais ativo e exigente. A questão merece, portanto, mais atenção e mais crítica e principalmente dos setores acadêmicos e dos formadores de opinião.

Evidentemente que a academia tem uma importância ainda maior, se considerarmos que toda inovação tecnológica tem um marco inicial de pesquisa teórica, ciência, e que o papel das universidades não pode e não deve ser um papel secundário e superficial. As universidades enquanto centros de pesquisa devem ter capacidade de responder as demandas da sociedade na produção de inovações que sejam capazes de auxiliar em um desenvolvimento sustentável.

O Brasil ainda está em posição ruim no ranking mundial de patentes, apesar dos recentes esforços. Além disso, o crescimento das pesquisas ocorreu em número menor do que em países como, Coréia do Sul, China e Índia.

Em 1994, o país pediu o registro de 60 patentes do escritório americano de propriedade intelectual. Já em 2009, foram 106 pedidos. No entanto, a produção do país representa apenas 0,06% do total mundial.

Existem casos bem sucedidos, principalmente nas áreas como o agronegócio, em petróleo e aviação, mas o problema da inovação persiste. A pesquisa no Brasil ainda é atrasada e não é um ponto estratégico das empresas brasileiras. Outro fator que contribui para o atraso é o fato de que o governo não tem metas ambiciosas, como ter quatro universidades entre as cem melhores do mundo, atualmente temos apenas uma.

De acordo com a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), entre as cem empresas que mais registraram patentes em 2009, nenhuma é brasileira. O mesmo se repete em

relação ao ranking universitário, não há nenhuma instituição nacional entre as 52 mais produtivas do mundo.

Jorge Ávila, presidente do Instituto de Propriedade Intelectual (INPI), reconhece que o país ainda tem um nível de inovação muito baixo, mas prevê melhorias no futuro. Ele ressalta que existem problemas na infra-estrutura e na taxa de cambio, uma vez que com o real valorizado, a inserção de produtos brasileiros no mercado externo é dificultada e por isso, a pesquisa não é incentivada.

O país precisa ampliar as parcerias entre instituições de pesquisa e empresa. Além disso, precisa mudar a tradição brasileira, pois existe uma resistência dos pesquisadores, que são muito acadêmicos e pouco efetimos nas nossas ações. O tempo de uma academia teórica e de discussões abstratas acabou, pois precisamos de soluções para os problemas reais da vida. Somos o 13º país que mais publica textos acadêmicos, entretanto estamos na 24ª posição no ranking mundial de patentes.

As principais considerações finais que gostaria de destacar neste texto é que precisamos mudar o paradigma da responsabilidade pela sustentabilidade ambiental, e todos os setores devem assumir sua responsabilidade, não apenas no campo teórico, mas com medidas efetivas nos seus respectivos campos de atuação.

Por fim, as universidades devem implementar pesquisas que permitam mais inovações e consequentemente mais patentes de invenção, permitindo a independência brasileira de tecnologias estrangeiras, cujo valor é elevado e o acesso muitas vezes restrito.

Mas como fazer ciência e despertar o verdadeiro espírito científico se nossas universidades, públicas e privadas, não tem uma biblioteca? Como despertar o aluno para a pesquisa se os programas de incentivo são burocráticos e pouco efetivos? Como inovar se a figura central do pesquisador é esquecida num laboratório escuro e isolado, enquanto a mídia gasta nosso tempo divulgando programas de massa inúteis? As perguntas

visam deixar mais dúvidas do que simplesmente finalizar este texto com respostas para um problema, onde a sociedade sabe as respostas, mas não quer respondê-las.

Referencias Bibliográficas

FLORES, N. C. S. . **Antagonismos da Propriedade intelectual diante dos direitos humanos**. In: Renata Braga Klevenhusen. (Org.). *Temas de Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente de Paulo Barreto.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. , p. 125-136.

FLORES, N. C. S. **Desigualdes e Violações aos Direitos Ambientais no Contexto do Direito Internacional Público**. In: Edmundo Lima Marques Jr; Leila Carioni Barbosa. (Org***.). Direitos Humanos e Desenvolvimento.*** 1 ed. Florianópolis: OAB-SC, 2005, v. , p. 169-184.

FLORES, N. C. S. **O Direito Comercial Internacional e a Preservação Ambiental: entre o Risco e o Desenvolvimento**. In: Jose Rubens Morato Leite; Ney de Barros Bello Filho. (Org.). *Direito Ambiental Contemporâneo***.** São Paulo: Manole, 2004, v. , p. 379-394.

SARMENTO, Daniel. ***A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.*** 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

------------. ***Direitos Fundamentais e Relações Privadas.*** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SEN, Amartya. ***Desenvolvimento como Liberdade.*** Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica Ricardo Doniselli Mendes. 6ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

------------. ***Aplicabilidade das Normas Constitucionais.*** 6 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

SMITH, Adam. ***Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações.*** Tradução Conceição Jardim Maria do Carmo Cary e Eduardo Lúcio Nogueira.. Coleção Os pensadores. São Paulo: Editora Abril, 1974

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coordenadores). ***Estatuto da Cidade:*** Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Saúde judicializada: novos desafios a partir de uma perspectiva empírica

Renata Braga Klevenhusen[1]
Vanice Lírio do Valle[2]

1. Considerações iniciais: um novo olhar sobre um multifacetado problema

A maioridade do Texto Constitucional determinou a configuração de uma pauta de prioridades de reflexão na seara do direito, na medida em que os contra-poderes sociais[3], que na Carta de Outubro ganharam voz por intermédio de seus canais institucionalizados de manifestação[4], dão curso às aspirações da sociedade em relação a compreensão e alcance de variados direitos e garantias ali contidos.

---

1 Pós-Doutora pelo Instituto de Medicina Social da UERJ. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora no Programa da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Estácio de Sá

2 Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá, membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro, e ainda Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

3 CASTELLS, Manuel. Communication, Power and Counter-power in the Network Society. *International Journal of Communication 1* (2007), p. 238-266.

4 A consagração na Constituição de 1988 das chamadas funções essenciais à justiça fez inserir na arquitetura do poder, canais formais de vocalização do desejo dos contrapoderes, numa curiosa estratégia que faz inserir no seio do poder, instituições destinadas a, por intermédio do controle, controlar esse mesmo poder.

Nesse contexto, o direito fundamental a saúde, e em particular, o fenômeno de sua judicialização – por via de demandas individuais ou coletivas – entrou definitivamente na agenda reflexiva nacional, primeiro a partir da necessária afirmação de sua eficácia imediata; para depois propor os limites e possibilidades da atuação jurisdicional na garantia de sua efetividade[5].

O tema, todavia, segue sendo debatido a partir de uma perspectiva teórico-abstrata, muitas vezes ainda encerrada nos limites do conhecimento jurídico. Essa perspectiva, se de um lado tem a virtude de manter um distanciamento que previne dos desvios lógicos que podem decorrer de um raciocínio particularizado, posto que construído a partir de uma situação específica; de outro lado abdica da riqueza originária de uma visão que, a partir da casuística, permite antecipar novas etapas reflexivas em relação a esse mesmo problema.

Esse é o exercício que o presente texto – cunhado a partir das observações empíricas viabilizadas pelo desenvolvimento da pesquisa havida no âmbito do Programa de Pôs-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá[6] – se propõe desenvolver: identificar novos horizontes de compreensão do fenômeno da judicialização da saúde, que estão a ser propostos pela leitura dos termos em que se põem as demandas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, e a prestação jurisdicional que em função dela se defere nesse mesmo universo.

Esse olhar – que tem em conta as manifestações concretas das (des)funcionalidades da proteção estatal ao direito funcional à saúde – intenta subsidiar uma compreensão da amplitude

---

5 Curiosamente, no campo do direito, as cogitações se voltam menos ao tema das necessárias ações corretivas no campo da função administrativa, destinadas a se não corrigir as escolhas públicas havidas no âmbito da saúde; quando menos a legitimá-las.

6 Projeto de Pesquisa "Judicialização da saúde: aspectos econômicos e sociais das decisões judiciais em face do direito à saúde no Estado do Rio de Janeiro", apoiado pela FAPERJ no edital Prioridades Rio.

do problema, que vai muito além das eventuais delongas na entrega de um ou outro medicamento.

É preciso evitar uma lente reducionista, num tema que as evidências práticas estão a indicar esteja em permanente mutação, repropondo novos ângulos da responsabilidade do Estado e da sociedade no que toca ao direito fundamental à saúde.

2. Contextualizando a constitucionalização do direito a saúde na Carta de 1988

Remonta à vinda da Corte portuguesa[7] para o Brasil, as primeiras cogitações sobre ações públicas no campo da saúde, então circunscritas ao controle sanitário, e ao combate à lepra e à peste. Outro estágio – ruidoso – de ações públicas no campo da saúde envolve o chamado período "campanhista", com desdobramentos de toda ordem, inclusive de resistência civil. Á época, todavia, cuidava-se de ações pontuais, de caráter não curativo – restando ao setor privado essa área de atuação.

A disciplina de um direito a atuação estatal no campo da saúde não se tem por constitucionalizado pela primeira vez pela Carta de Outubro; ao contrário, já a Constituição de 1934 em seu art. 19, II, dispunha sobre a matéria, afirmando, no desenho de repartição de competências que empreendia que, a União e aos Estados cumpria "*...cuidar da saúde e assistência publica...*". Curiosamente, a Carta de 1946 praticamente deixa de cuidar do tema, limitando-se a deferir competência reguladora em favor da União (art. 5º, XV, "b"). O tema retorna no Texto Constitucional de 1967, onde a par de se repetir a competência legislativa

---

7 BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [*on line*], disponível em < http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf> , acesso em 25 de janeiro de 2011.

na matéria à União, determina ainda a esse mesmo ente estatal o estabelecimento de planos nacionais de saúde (art. 8º, XIV).

No contexto internacional, na esteira da consagração de direitos humanos como o centro de um sistema jurídico de sociedades comprometidas com a dignidade da pessoa, o direito a saúde passa a merecer crescente atenção, consignando-se a importância de outros vetores que concorrem para a sua asseguração, como a atuação preventiva e a segurança de saúde. Nesse movimento, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 vai afirmar que "*toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar*"; ideia que se consolida e se vê associada a deveres estatais no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966[8].

O primeiro plano em que se localizou a questão da saúde no cenário internacional certamente repercutiu no cenário brasileiro, culminando no evento reputado como o mais marcante na cunhagem da solução constitucional de 1988, a saber, a 8ª Conferência Nacional de Saúde, onde um conjunto de cerca de 4.000 delegados, exercitando um debate com expressiva participação popular, apresentou importantes conclusões relacionadas a uma imperiosa reformulação do setor saúde[9].

---

8 Art. 12 - Os Estados signatários no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa gozar das melhores condições possíveis de saúde física e mental. A fim de assegurar a plena efetividade deste direito, os Estados-signatários no ordenhe pacto deverão adotar, entre outras, as medidas necessárias para: a) a redução do número de natimortos e da mortalidade infantil e o são desenvolvimento das crianças; b) o melhoramento de todos os aspectos da higiene do trabalho e do emol. Ambiente; c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, e lutar contra as mesmas; d) a criação de condições que assegurem a todos assistência medica e serviços médicos em caso de doença;

9 "Existe um consenso sobre o importante papel dessa Conferência que assumiu a tarefa de definir os princípios doutrinários que deveriam nortear a Constituição Federal. Foi nesse documento que se explicitou a saúde como um direito de todos os cidadãos brasileiros e dever do Estado, fornecendo um ordenamento jurídico para a concretização deste direito. Além desse princípio defendido na 8ª Conferência e incorporado na Constituição, destacamos os seguintes outros: participação da população na administração pública e descentralização por meio do fortalecimento do papel do município". (PINHEIRO, Marcelo Cardoso;

No tema que mais interesse às presentes considerações, a saúde é reputada como "*...resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra, e acesso a serviços de saúde.*"[10] As conclusões finais da referida 8ª Conferência Nacional de Saúde traçam características exigíveis desse novo modelo reformulado de saúde, e propõe igualmente parâmetros à atuação do poder político organizado no campo, na linha da definição do que se possa reputar como obrigação estatal.

Esse o contexto que determinou aquilo que na expressão de Marrara, se identifica como a ressurreição do direito a saúde no Brasil[11], traduzida nos termos de sua consagração constitucional original, na aprovação da Emenda Constitucional nº 29 que cogita especificamente do financiamento do sistema[12]; mas também a partir de toda a disciplina infraconstitucional da matéria, que compreende não só a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080/90 e a Lei) como também outros regramentos correlatos.[13]

WESTPHAL, Márcia Faria; AKERMAN, Marco. Eqüidade em saúde nos relatórios das conferências nacionais de saúde pós-Constituição Federal brasileira de 1988. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, Apr. 2005 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000200011&lng=en&nrm=iso>. access on 22 Jan. 2011).

10 Relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde, disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Relatorio%20Final.pdf>,acesso em 19 de janeiro de 2011.

11 MARRARA, Thiago. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. *Revista de Direito Publico da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, Ano 8, n 30, p. 213-214, Abr/Jun 2010.

12 Cumpre sempre registrar que, em que pese o estabelecimento pelo texto da referida Emenda Constitucional nº 29, de vinculação de gastos das entidades federadas em relação à função saúde, esse processo de garantia de sustentabilidade do sistema não se completou, pela ausência da norma reguladora contida na próprio previsão revisora.

13 Ainda no campo do sistema de disciplina da saúde, e de se revistar a criação da Agencia Nacional de Saúde - ANS, materializada pela Lei 9961/00; e ainda a disciplina da ANVISA, havida com a Lei 9782/99.

Observe-se que inobstante o amadurecimento de uma concepção técnica do que devesse ser o Sistema Único; o caráter participativo da já referida 8ª Conferência Nacional de Saúde, e a visível priorização da matéria sob o prisma normativo; a realidade do viver o Sistema Único de Saúde, como expressão institucionalizada do agir do Estado, suscita ainda um amplo debate em relação à sua efetiva aptidão para oferecer resposta aos cometimentos constitucionais no tema aos atores públicos.

Significativo o registro de Coelho[14], que evidencia não se possa reputar o SUS como um retumbante fracasso – e portanto, o direito à saúde como uma enunciação constitucional incumprida. Afinal, no campo da vigilância sanitária, vacinação infantil, e mesmo em alguns serviços de alta complexidade, o Brasil é apontado como em absoluta igualdade com países do primeiro mundo: "na realidade, o que vulnerabiliza o SUS frente à opinião pública é o acesso a medicamentos, procedimentos médicos de baixa e moderada complexidade, exames complementares, consultas especializadas e internações hospitalares".

Essa é a face mais visível do SUS – e de suas deficiências de atuação; é no cenário do relato dessas deficiências (a arena judiciária) que se pode colher relevantes elementos a demonstrar quais sejam os temas que a casuística pauta para o constantes aperfeiçoamento do sistema, e portanto, para a efetividade do direito fundamental à saúde.

Importante delinear – ainda que de forma macro – o cenário de demandas judiciais em que se colheram as observações sobre a possível pauta de reflexão no campo do direito à saúde: esse é o tema de que se passa a cuidar.

---

14 COELHO, Ivan Batista. Os impasses do SUS. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, Apr. 2007 . Available from <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000200004&lng=en&nrm=iso>. access on 22 Jan. 2011.

3. O cenário da judicialização da saúde no Estado do Rio de Janeiro

O fenômeno da provocação judicial para o controle das ações ou omissões estatais no campo do direito à saúde, embora nacionalizado na sua incidência, não se manifestará da mesma forma em cada qual dos Estados da Federação – e essa é uma primeira observação relevante que há de informar propostas de aprimoramento das políticas públicas na área.

Assim, um primeiro elemento relevante de diferenciação diz respeito a quem seja o agente provocador da busca do canal judicial como veículo corretivo das deficiências do sistema de saúde.

No âmbito do Rio de Janeiro, o principal vocalizador das demandas judiciais relacionadas à oferta de prestações de saúde em geral, é a Defensoria Público do Estado – circunstância que se credita à sua própria tradição e estrutura institucional, hoje plenamente harmônica com os parâmetros constitucionais de autonomia e independência, inclusive financeira. Assim, articulada a instância de assistência judiciária, é ela o principal pólo de representação judicial daqueles que buscam prestações de saúde, circunstância que favorece a isenção dos pedidos[15], e ainda, a criação de um canal de interlocução para o exercício de um diálogo institucional que tenha em conta, não a uma ou mais demandas judiciais, mas o aperfeiçoamento do sistema SUS como um todo.

Também é característico do universo de demandas no Rio de Janeiro, a não inclusão no pólo passivo da relação processual,

---

15 A leitura das intervenções havidas na Audiência Pública nº 4, no âmbito do STF, no tema da saúde, evidencia o depoimento do Sr. Alexandre Sampaio Zakir, Representante da Secretaria de Segurança Pública e do Governo de São Paulo, relatando que "...pelo registro de informações relacionadas a pacientes, moléstias, médicos prescritores e o serviço de advocacia utilizado para provocar as ações judiciais, entre outros dados, foi possível detectar-se uma "fidelização de advogados, médicos e medicamentos e a criação de uma ONG somente para arregimentar pacientes".

a da União – e isso se relaciona justamente ao papel da Defensoria Pública do Estado no patrocínio das demandas. Afinal, a indicação da União como integrante do pólo passivo determinaria a perda da atribuição da Defensoria Pública Estadual – essa a razão do direcionamento da ação normalmente, ao Estado do Rio de Janeiro, e ao Município de residência do autor.

Terceiro elemento que é de se ter em conta para a observação dos dados empíricos, envolve a circunstância da existência, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, de certa articulação institucional orientada ao cumprimento quando menos daquilo que se repute o mínimo exigido pelo SUS. Essa articulação institucional se manifesta pela criação, por intermédio da Resolução conjunta SESDEC/SMS publicada no DOERJ em 24.07.07 e no DOM em 18.07.07, de uma estrutura conjunta de centralização de atendimento de mandados judiciais, associando Estado e Município do Rio de Janeiro. Com isso, é possível o redirecionamento interno – no âmbito dessa mesma estrutura centralizada de cumprimento de mandados – de ordens judiciais que eventualmente não se tenham atido, no que toca ao destinatário da obrigação à repartição de competências que é própria do SUS.

Esse modelo, que se firmou em relação ao Estado e ao Município da Capital, vem sendo aplicado a outras entidades municipais no âmbito do Estado, permitindo a correção de ações por intermédio do diálogo interno no âmbito da Administração.

Finalmente, à conta de todo esse exercício dialógico, constitui premissa da oferta de serviços de saúde no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a fidelidade à fixação de obrigações estabelecidas pelo sistema SUS – do que decorre a busca da prevenção da judicialização do conflito, com a outorga dos medicamentos e serviços ainda no âmbito da administração; e a não oferta de resistência judicial quando se cuide de medicamento apontado na lista SUS.

Em síntese, o cenário é de busca de normalidade na oferta das prestações já regradas pelo SUS, com a preservação das esferas de competência de cada qual dos entes federados. Com isso,

a tendência é de redirecionamento dos conflitos que culminam por se judicializar, àquelas hipóteses que não estão regradas pelo SUS – ou em que o regramento do sistema não atende, por qualquer razão, á pretensão do autor da demanda. A realidade do Rio de Janeiro portanto, parece estar a contraditar a afirmação que o Min. Gilmar Mendes – seja em suas intervenções ao longo da audiência pública da saúde, seja no seu relatório na STA-AgrR 175 – de que a judicialização envolvia "...*na quase totalidade dos casos, apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes*." Em verdade, o que se vem experimentando no Rio de Janeiro, à medida em que busca a fiel execução da política pública já existente, é o aforamento de demandas em que o que se empreender é justamente a uma divergência em relação á política traçada – seja pela busca de uma prestação que o sistema SUS não entende deva conferir, seja pela busca de prestações *distintas* daquelas que o mesmo mecanismo institucional assegura para hipóteses semelhantes.

Nunca será demais enfatizar que a presença da Defensoria Pública do Estado como o principal veiculador das pretensões ajuizadas de oferta de prestações de saúde afasta do cenário, a cogitação de atuação oculta de agentes do mercado, laboratórios, e outros que tais. Com isso, parece possível afirmar que as solicitações que desembocam no judiciário fluminense envolvem a prescrição do serviço ou medicamento, ou a convicção do jurisdicionado, de que essa prestação lhe seja devida pelo Estado.

É justamente essa divergência ou variação de prestações reivindicadas em relação ao ordinariamente oferecida pelo sistema SUS, identificada na casuística do cenário fluminense, que aponta novas pautas de reflexão, distintas daquelas cogitações de caráter genérico, que inspiraram a própria convocação da audiência pública da saúde no âmbito do STF. É do apontamento dessas novas variáveis do complexo tema da proteção judicial do direito à saúde de que se passa a cogitar.

4. Medicalização da vida e a construção social do patológico

O traçado do compromisso constitucional empreendido em favor da saúde, que encontra suas raízes históricas na já referida 8ª Conferência Nacional da Saúde, vê-se hoje na contingência de oferecer resposta às pretensões de garantia de uma saúde que, em pleno século XXI, se vê influenciada diretamente na sua delimitação, por fenômenos outros de cunho fortemente sociológico.

Unschuld [16]aponta para a existência de condicionantes culturais da prática médica e, assim, as novas demandas postas a cada integrante de uma sociedade do espetáculo, transformam em patológicas, condições que normalmente se tinha por associada tão-somente a idade, ou ainda a momentos da vida.

A sociedade constrói como um desvio - suscetível de solução médica - comportamentos que pareçam de alguma forma menos consentâneos com a performance que se entende desejável de um cidadão da hipermodernidade.

De outro lado, as conquistas da medicina que dão resposta terapêutica a situações extremas, muitas vezes culminam por gerar uma pressão em favor da sua oferta para hipóteses menos graves - onde a medicalização se apresentara como um mecanismo mais cômodo, mas nem sempre necessário ou recomendável. Nesse sentido, Foucault, ao analisar a questão da resistência aos antobióticos, conclui: "De modo geral pode-se afirmar que pelo próprio efeito dos medicamentos – efeitos positivo e terapêutico – produziu-se uma perturbação, para não dizer uma destruição, do ecossistema não apenas do indivíduo como também da própria espécie humana".[17]

---

16 UNSCHULD, P.U. Culture and Pharmaceutics: some epistemological observations ofpharmacological systems in Ancient Europe and Medieval China. *In*: GEEST.;WHYTE (eds.). **The context of medicines in developing countries.** Studies in pharmaceutical anthropology. Dordrecht: Kluwer, 1988. p. 179-197

17 FOUCAULT, M. La crisis de la medicina o la crisis de la antimedicina. **Educación médica y salud (OPAS),** 10(2): 152-170, 1976, p. 158.

O modelo de racionalidade moderna permitiu que o corpo fosse considerado como uma máquina e que a doença fosse tratada pela biomedicina de forma mecanicista e entendida como um mau funcionamento da máquina em locais específicos do organismo e que só poderia ser vencida com medicamentos alopáticos. Assim, os fármacos passam a ser o centro das atenções médicas e, também, do mercado, transformando a saúde em mercadoria, gerando o seu uso abusivo, aumento dos custos dos sistemas de saúde e impedindo a percepção da dimensão social da doença.

Foucault aponta para o fato da medicina contemporânea intervir sobre outros objetos que não as doenças:*"(...) no século XX os médicos estão inventando uma sociedade,não mais da lei, mas da norma. O que rege a sociedade não são o códigos, mas a perpétua distinção entre o normal e o anormal, a perpétua empreitada de restituir o sistema de normalidade"*.[18]

No mesmo sentido, Swaan[19] defende que o processo de medicalização social não está restrito apenas ao desenvolvimento do conhecimento médico, mas, também, a intervenção médica na solução de conflitos, empoderando a classe para questões sociais e morais. Desta forma, o regime médico passou a ser o principal orientador social, o interventor indispensável na vida social, diminuindo o campo de autonomia do indivíduo sobre a sua vida e criando um novo modelo normalizador.

Hans Jonas conclui que esse processo de regulação social pela medicina é encarado, por vezes, como uma forma de delegação de responsabilidade ou de alívio para a sociedade:*" Mas do alívio do paciente, um objectivo inteiramente dentro da tradição da arte médica, facilmente se passa ao alívio da sociedade do transtorno que lhe traz um comportamento individual difícil entre os seus membros: ou seja, facilmente se passa da aplicação médica à aplicação social, facto que abre um ilimitado campo de*

---

18 *Op.cit.*, p. 161

19 SWAAN, A. **The management of normality: critical essays in health and welfare.** London:Routledge, 1990

graves possibilidades. Os melindrosos problemas ligados à regulação social, e à ausência dela, na moderna sociedade de massas, levam a que o alargamento daquele tipo de métodos de manipulação a categorias não médicas se mostre extremamente tentador em termos de controlo social" .[20]

Sobre a perda da autonomia causada pelas políticas sociais de saúde, Dâmaso afirma que a terapêutica deveria recuperar a autonomia e não gerar uma dependência. O projeto de saúde deve ter cunho educativo,: *"'Educação para a vida', eis aí o projeto da política sanitária mais radical e coerente com o desejo humano de autonomia"* [21]

Para Caponi, a definição de saúde dada pela OMS, autorizaria a legitimação de determinados estados patológicos como instrumentos de controle social. "é preciso negar-se a aceitar qualquer tentativa de caracterizar os infortúnios como patologias que devem ser medicamente assistidas, assim como é preciso negar-se a admitir um conceito de saúde fundado em uma associação com tudo aquilo que consideramos como moral ou existencialmente valorizável. Ao contrário, é preciso pensar em um conceito de saúde capaz de contemplar e de integrar a capacidade de administrar de forma autônoma essa margem de risco, de tensão, de infidelidade e, por que não dizer, de 'mal-estar' com a qual todos inevitavelmente devemos conviver".[22]

A definição ampliada de saúde do VIII CNS permite considerar como medicalizáveis todos os aspectos da existência

---

20 JONAS, H. Técnica e Responsabilidade: Reflexões sobre as novas tarefas da Ética. *In*:
_____ . **Ética, medicina e técnica**. Lisboa: Veja, 1994. p. 53.

21 DÂMASO, R. Saúde e Autonomia: Para uma política da vida. *In*: FLEURY, S. (org.). **Saúde: Coletiva?** Questionando a onipotência do social. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992. p. 222.

22 CAPONI, S. Georges Canguilhem y el estatuto epistemológico del concepto de salud.**História, Ciências, Saúde – Manguinhos,** IV (2): 287-307, jul./out. 1997, p. 300.

humana. Nesse sentido, Dworkin[23] analisa a atribuição de status de doença à infelicidade. Essa concepção vem permitindo o uso abusivo de antidepressivos, sem considerar os efeitos da artificialização da felicidade. Assim, a lógica é de que a medicina seria responsável pela felicidade e que os aspectos perturbadores da vida seriam passíveis de analgesia química.

Afirma, ainda, o referido autor que o uso de psicotrópicos é mais danoso do que o consumo de álcool, pois, ao contrário deste, o uso de antidepressivos é legitimado por uma instituição poderosa: a classe médica.

Para Dworkin, a infelicidade é necessária para que o indivíduo possa rever os rumos de sua vida e pensar nas consequências das suas ações sobre a vida dos outros. Certamente, o uso desenfreado de psicotrópicos representa uma ameaça e não podemos mensurar os seus efeitos a longo prazo sobre o tecido social.

Urge repensarmos a onipotência da medicina e a posição do fármaco como sinônimo de saúde, pois esta lógica induz o consumo indiscriminado de medicamentos e amplia, cada vez mais, o espectro daquilo que pode e deve ser medicalizado.

5. A fronteira entre a saúde e a assistência: os riscos de subversão do sistema de seguridade

Constitui característica conhecida dos direitos fundamentais sua chamada *vis* expansiva, que se traduz na tendência a ampliação do âmbito de incidência e proteção de cada qual deles. Se isso e verdade para os direitos fundamentais em geral, com maior razão o será no campo específico do direito a saúde, onde o próprio progresso da ciência multiplica as potencialidades de intervenção no universo de fatores que contribuem para

23 DWORKIN, Ronald W. Felicidade artificial. O lado negro da nova classe feliz. Trad. de Paulo Anthero S. Barbosa. 1. Ed. São Paulo: Planeta, 2007, p. 9-25.

o bem-estar, pressionando por sua vez a ampliação do próprio conceito do que se possa compreender por saúde.

Sob o prisma da Lei 8080/90, de outro lado, "...*dizem respeito também à saúde as ações que se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social*", o que parece estar a atrair para o campo da saúde, qualquer prestação que diga respeito à promoção do bem-estar. De outro lado, essa amplitude do direito à saúde leva a uma aproximação do tema também sob uma perspectiva da solidariedade social: "...*a idéia de solidariedade entre membros de uma mesma sociedade afigura-se como instrumento essencial da operacionalização da própria dignidade da pessoa humana, bem como da viabilização de políticas públicas que garantam o bem-estar de todos.*"[24]

Não se pode ainda olvidar que o direito à saúde integra em verdade – juntamente com a previdência e a assistência social – o conceito de seguridade social, enunciado como "proteção social que a sociedade proporciona a seus membros, mediante uma série de medidas públicas contra as privações econômicas e sociais que, de outra maneira provocariam desaparecimento ou forte redução dos seus rendimentos em consequência de enfermidade, maternidade, acidente de trabalho, enfermidade profissional, emprego, invalidez, velhice e morte, bem como de assistência médica e de apoio à família com filhos", nos termos da Convenção n° 102/1952 da OIT[25].

Natural, portanto, que o universo das medidas de previdência, saúde e assistência, encontre pontos de contato, na busca da proteção social, que é a idéia-síntese de um sistema de seguridade.

---

24 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. *Interesse Público*, Belo Horizonte, Ano 12, nº 59, p. 85, jan/fev 2010.

25 Disponível em http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasilia/info/download/convencao102.pdf.

A própria consulta ao conceito de assistência social, materializado em nosso sistema normativo pelo art. 2º da Lei 7421 de 7 de dezembro de 1993 expressa essa interseção, afirmando que ela se realiza "de forma integrada às políticas setoriais, visando ao enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais".

Da proximidade entre os temas – saúde e assistência social – ; reunidos sob a classificação genérica de seguridade, decorre uma dificuldade na busca da garantia de efetividade do primeiro. Afinal, embora ambos se localizem no macro-sistema da seguridade social, e estejam sujeitos a uma principiologia comum enunciada no art.194, Parágrafo Único; o desenho constitucional de cada qual dos sub-sistemas encontra distinções relevantes pelo menos em relação a dois aspectos: estrutura institucional de prestação dos serviços, e financiamento.

Assim é que, no que toca ao sistema de saúde, a Carta de 1988 institui o Sistema Único, integrado em rede regionalizada e hierarquizada, operando a partir das premissas de descentralização, atendimento integral e participação da comunidade. Já na vertente da financiação, o art. 196, § 2º traça critérios de vinculação de gastos públicos à função saúde.

A experiência no universo das demandas identificadas como manifestação da judicialização da saúde no âmbito do Estado do Rio de Janeiro evidencia uma curva ascendente de ações em que o objeto se equilibra sobre e tênue linha entre a garantia à saúde e a outorga de prestações de natureza assistencial. O exemplo clássico é o pedido de fralda geriátrica, ou de determinados tipos de leite em pó, prestações que na rotina daqueles que não se afiguram como beneficiários típicos de assistência social, jamais se reputariam como associadas ao direito à saúde[26].

---

26 Ainda que se possa afirmar que ambas as ilustrações envolvem uma garantia de bem-estar, ou de um aspecto de dignidade da pessoa; fato é que são comodidades que não afetam diretamente, o direito à vida, ou à integridade da saúde. No mundo dos mais favorecidos economicamente, o financiamento dessas comodidades

Não é ocioso dizer que a presença desse tipo de demanda se apresenta, como já narrado no subitem 3, a partir de um quadro de relativa normalização do atendimento no que toca aos medicamentos listados pelo SUS como de dispensação obrigatória por parte dos Estados ou Municípios. Afinal, se esses medicamentos – que justamente, por sua utilização disseminada chegaram às listas oficiais – se tem por oferecidos com regularidade, sem a necessidade do aforamento de qualquer ação, o foco da judicialização passa a envolver situações não contempladas no sistema SUS; e é nessa área de inovação que se identifica a interseção entre saúde e assistência.

Essa "promiscuidade" entre os sistemas não se pode reputar por irrelevante, especialmente quando se tem em conta que sob o prisma da assistência especificamente, a simples oferta de uma prestação material não se afigura como medida suficiente a trasladar essa conduta para além do campo do altruísmo (ainda que externalizado por um agente do Estado).

Uma compreensão mais moderna do que se deva ter por medidas de assistência social compreende uma orientação à emancipação dos usuários, que não reforce a sua condição de subalternização perante os serviços prestados[27]. Assim, o atendimento a uma necessidade imediata, pontual, soa mais como as velhas ações filantrópicas, e menos como a assistência social que se pretendeu implantar por intermédio da Carta de 1988.

Mais do que isso, é a própria Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) que introduz a idéia de atuação por intermédio de sistema descentralizado e participativo (art. 6º, *caput* da Lei 8742 de 7 de dezembro de 1993) na busca da superação justamente de uma cultura que vê esse vetor da seguridade limitado

---

se reputa ônus próprio daquele que deseja usufruir do referido conforto, sem que se cogite da afirmação de um dever estatal de oferta desses itens.

27 FIDELIS, Solange Silva dos Santos. Conceito de assistência e assistencialismo. 2º Seminário nacional Estado e Políticas Sociais no Brasil {*on line*], disponível em <http://cac-php.unioeste.br/projetos/gpps/midia/seminario2/poster/servico_social/pss13.pdf>, acesso em 24 de janeiro de 2011.

a políticas compensatórias, de caráter imediatista e emergencial. Essa recomendação legislativa se viu implementada com a aprovação da Norma Operacional Básica do Sistema único da Assistência Social – OB/SUAS, aprovada pela Resolução nº 130, de 15 de julho de 2005, do Conselho Nacional de Assistência Social, que traça por sua vez quais sejam os eixos estruturantes da gestão do sistema[28], com uma abordagem significativamente diferenciada no que toca a uma valorização mais da solidariedade que dos deveres exclusivamente estatais; mais da participação que da decisão de autoridade; mais do empoderamento do cidadão que da já referida subalternização ás prestações estatais.

De outro lado, é indiscutível que os avanços na área de assistência não observaram o mesmo ritmo e consistência que aqueles na área da saúde[29] – donde a vocalização, em nome de tutela de direito à saúde, de necessidades em princípio melhor

---

28 RESOLUÇÃO Nº 130, DE 15 DE JULHO DE 2005, do Conselho Nacional de Assistência Social
São eixos estruturantes da gestão do SUAS:
a) Precedência da gestão pública da política;
b) Alcance de direitos socioassistenciais pelos usuários;
c) Matricialidade sociofamiliar;
d) Territorialização
e) Descentralização político-administrativa;
f) Financiamento partilhado entre os entes federados;
g) Fortalecimento da relação democrática entre estado e sociedade civil;
h) Valorização da presença do controle social;
i) Participação popular/cidadão usuário;
j) Qualificação de recursos humanos;
K) Informação, monitoramento, avaliação e sistematização de resultados;

29 "Os avanços na área da assistência social foram mais lentos e intermitentes - se comparados, por exemplo, aos do setor saúde - até mesmo pelo pouco poder de vocalização de sua clientela. Passaram-se cerca de dez anos entre a publicação da Lei Orgânica da Assistência Social e a aprovação do SUAS e a Política Nacional de Assistência Social." (VAITSMAN, Jeni; ANDRADE, Gabriela Rieveres Borges de; FARIAS, Luis Otávio. Proteção social no Brasil: o que mudou na assistência social após a Constituição de 1988. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, June 2009 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300009&lng=en&nrm=iso>. access on 22 Jan. 2011).

qualificadas como assistenciais, ainda que traduza distorções à segregação dos sistemas, pode soar a alguns como um desvio de percurso, que no *trade off,* assegura um resultado aceitável.

O problema aqui provoca por sua vez as distorções decorrentes da oferta, a partir de outro sistema – o SUS – de prestações que não lhe sejam próprias, num cenário de vinculação constitucional de aplicação de recursos. A transferência para o cenário de judicialização da saúde, de prestações de natureza eminentemente assistencial, tende a apequenar o financiamento daquilo que se caracterize como ação de saúde *stricto sensu*; e ao mesmo tempo, distorce uma visão gerencial dos gastos e do conteúdo das ações de caráter assistencial que se esteja desenvolvendo. Até mesmo o vetor de diagnose das causas de condução de indivíduos a situação de risco social pode se ter por comprometido, no momento em que direcionam as necessidades decorrentes dessa mesmo risco, a outra arena que não a da outorga de prestações de assistência.

Importante destacar que no extremo, se há comprometimento ao núcleo essencial de direitos fundamentais, o exercício do controle judicial é possível – e quanto a isso não resta dúvida. A questão está em se ter por claro que toda intervenção judicial em tema que é objeto de signo de prioridade constitucional, especialmente em demandas de massa, tem em si a potencialidade de subversão de uma política pública construída a partir de uma visão geral do problema que é típica do Executivo – e não do Poder Judiciário. Assim, distinguir o joio do trigo – o que envolve proteção à saúde e aquilo que verse em última análise sobre pretensões de cunho assistencial – é importante para que a sindicabilidade judicial não implique em subversão do modelo de políticas públicas construído não por um, mas por dois distintos sistemas, a saber, o SUS e o SUAS.

Não é ocioso destacar que essa interface entre sindicabilidade judicial, e a preferência em favor das políticas públicas constitucionalmente cometidas à Administração Pública particularmente no campo do direito à saúde, já foi enfrentada pelo

STF na STA-AgR 175, onde se sustentou o imperativo de diálogo entre a prestação judicial requerida, e a política pública existente na matéria e traçada pelo SUS – ressalvada a possibilidade de distanciamento dessa última em hipóteses em que se cuide de risco à vida ou à inobservância do núcleo essencial do respectivo direito fundamental. Significa dizer que a deferência – não vinculatividade – para com as políticas públicas existentes e traçadas é de ser um critério orientador do processo de outorga da prestação jurisdicional[30].

Nesse contexto, é de se reconhecer que a existência de um vetor de dignidade da pessoa envolvido no conflito judicializado, se de um lado não exclui a possibilidade de intervenção por essa estrutura constitucional de controle de poder; de outro lado não autoriza a decisão dissociada, indiferente ao traçado constitucional e legislativo de quais sejam os meios institucionais e materiais próprios ao seu atendimento.

Distinguir o que seja prestação de saúde e medida de assistência se apresenta como providência que, se de um lado em nada constringe a asseguração das distintas facetas da seguridade social; de outro lado viabiliza a segregação dos sistemas, e a necessária visibilidade – pedra de toque do exercício do controle, especialmente, o controle social.

6. Resgatando um vetor perdido: a dimensão ativa do direito fundamental à saúde

Uma última cogitação cumpre apresentar, quando se propõe uma prospectiva de pauta reflexiva no tormentoso tema do direito fundamental a saúde e seus desdobramentos.

---

30 Essa já era uma afirmação veiculada nas conclusões de VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

A crescente judicialização da matéria – e a metamorfose que o perfil das demandas sofre a partir de vários elementos de pressão – evidencia que o conteúdo volátil desse mesmo direito estará a desafiar de forma permanente, o debate em torno de que tipo de atuação estatal e de se entender exigível, e mais ainda, sob o signo da universalidade. Assim, seja à conta dos progressos da ciência, seja daquilo que a sociedade reputa como desejável (e seus reflexos na dignidade da pessoa), seja à conta das mudanças na condição pessoal e nos riscos sociais em que incida o cidadão; por todo tipo de circunstância, é previsível a necessidade de mudança no *approach* que se venha a desenvolver em relação aos deveres do Estado nesse campo.

O debate sobre as fronteiras do direito à saúde – como referido no início do presente texto – conduzido no campo do direito especialmente a partir de uma perspectiva teórico-abstrata, parece estar a negligenciar uma vertente de todos os direitos fundamentais, a saber, a sua dimensão ativa. Entender que o conteúdo do direito fundamental à saúde a ser assegurado pelo Estado seja caracterize como decisão técnica, circunscrita no universo de mesma natureza dos sanitaristas, profissionais médicos de toda ordem e/ou juristas, é se afastar da sinalização constitucional do imperativo de participação na construção do sistema SUS, e da dimensão ativa desse mesmo direito fundamental, que envolve o reconhecimento desse mesmo vetor participativo.

Mais do que isso, a expansão do conceito de saúde, e a construção social do patológico, já indicadas no presente trabalho, evidenciam que a eleição do que se entenda cumpra ao Estado oferecer em aval do bem-estar será um tema permanente, exigindo a constante reformulação de escolhas sobre o que se oferece – e o que cabe ao indivíduo conquistar. Assim, se cirurgia bariátrica se tem hoje como um serviço que se deva incluir no sistema SUS para fins de casos de obesidade mórbida; o tempo provocará o debate da inclusão nesse mesmo sistema de serviços correlatos, que envolvem esse tipo de intervenção drástica

e a recuperação da imagem e do padrão corporal tido como socialmente desejável...

É de Calabresi e Bobbit[31] a afirmação de que as escolhas empreendidas por um grupo social em relação a que tipo de bem (escasso) se vai produzir, e quem serão os destinatários dessa produção, expressam algo dos valores que essa sociedade em especial preza e prioriza. Nesses termos, a sensibilidade revelada na judicializacao, às necessidades relacionadas, por exemplo, a busca do bem-estar pelo incremento da performance pode revelar uma sociedade que sobrevaloriza esse mesmo desempenho – em detrimento de outros valores como a solidariedade ou a aceitação do outro. Esse tipo de escolha se revela, em verdade, não o resultado de um juízo técnico – mas uma opção de fundo moral – que não pode ser reservada a instâncias específicas da sociedade.

De outro lado, o quadro que se tem hoje, em decorrência da judicialização da saúde, é o desenvolvimento de uma prática notadamente ativista, seja no que toca à distribuição de medicamentos, seja de terapias, ainda que não constantes dos protocolos e listas do sistema SUS[32]. Em que pese a carga de expectativas que hoje repousa sobre o judiciário, como mecanismo de controle dos demais poderes políticos constituídos; como instância de superação das infidelidades constitucionais, especialmente aquelas que se realizam pela inação; fato é que não se tem inteiramente evidenciada detenha essa mesma estrutura de poder institucionalizada, uma capacidade efetiva de *transformação da realidade político-administrativa*[33] – e isso é o que se quer quando se cogita da garantia de efetividade de direitos sociais.

---

31 CALABRESI, Guido e BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. New York, W.W. Norton & Company, 1978.

32 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [*on line*], disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> , acesso em 2 de dezembro de 2011.

33 ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope*. Can Courts bring about social change? 2nd. ed., Chicago-London: The University of Chicago Press, 2006.

Circunscrever, portanto, o debate no que toca aos limites da proteção estatal ao direito fundamental à saúde ás instâncias técnicas ou políticas, importa em investir nessa capacidade (não provada) de transformação do judiciário, abdicando de um signo legitimador que exsurgiria, evidentemente, de uma construção mais participativa desse mesmo limite conteudístico ao direito à saúde.

É nesse sentido que a valorização da dimensão ativa desse direito fundamental se apresenta como uma proposta para futuro – e que pode gerar efeitos os mais relevantes na configuração dos termos da proteção jurisdicional do direito fundamental á saúde.

Referencias Bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [*on line*], disponível em < http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf> , acesso em 25 de janeiro de 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [*on line*], disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> , acesso em 2 de dezembro de 2011.

CALABRESI, Guido e BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. New York, W.W. Norton & Company, 1978.

CAPONI, S. Georges Canguilhem y el estatuto epistemológico del concepto de salud. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, IV (2): 287-307, jul./out. 1997

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. *Interesse Público*, Belo Horizonte, Ano 12, nº 59, p. 83-124, jan/fev 2010.

CASTELLS, Manuel. Communication, Power and Counter-power in the Network Society. *International Journal of Communication 1* (2007), p. 238-266.

COELHO, Ivan Batista. Os impasses do SUS. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, Apr. 2007 . Available from <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000200004&lng=en&nrm=iso>. access on 22 Jan. 2011.

DÂMASO, R. Saúde e Autonomia: Para uma política da vida. *In*: FLEURY, S. (org.).

Saúde: Coletiva? Questionando a onipotência do social. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

DWORKIN, Ronald W. Felicidade artificial. O lado negro da nova classe feliz. Trad. de Paulo Anthero S. Barbosa. 1. Ed. São Paulo: Planeta, 2007.

FIDELIS, Solange Silva dos Santos. Conceito de assistência e assistencialismo. 2º Seminário nacional Estado e Políticas Sociais no Brasil {*on line*], disponível em <http://cac-php.unioeste.br/projetos/gpps/midia/seminario2/poster/servico_social/pss13.pdf>, acesso em 24 de janeiro de 2011.

FOUCAULT, M. La crisis de la medicina o la crisis de la antimedicina. Educación médica y salud (OPAS), 10(2): 152-170, 1976.

JONAS, H. Técnica e Responsabilidade: Reflexões sobre as novas tarefas da Ética. *In*:

_____ . **Ética, medicina e técnica**. Lisboa: Veja, 1994.

MARRARA, Thiago. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. *Revista de Direito Publico da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, Ano 8, n 30, p. 213-231, Abr/Jun 2010.

PINHEIRO, Marcelo Cardoso; WESTPHAL, Márcia Faria; AKERMAN, Marco. Eqüidade em saúde nos relatórios das conferências nacionais de saúde pós-Constituição Federal brasileira de 1988. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, Apr. 2005 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000200011&lng=en&nrm=iso>. access on 22 Jan. 2011

Relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde, disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/8_CNS_Relatorio%20Final.pdf>,acesso em 19 de janeiro de 2011.

ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope*. Can Courts bring about social change? 2nd. ed., Chicago-London: The University of Chicago Press, 2006.

SWAAN, A. **The management of normality: critical essays in health and welfare.** London:Routledge, 1990.

VAITSMAN, Jeni; ANDRADE, Gabriela Rieveres Borges de; FARIAS, Luis Otávio. Proteção social no Brasil: o que mudou na assistência social após a Constituição de 1988. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, June 2009 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300009&lng=en&nrm=iso>. access on 22 Jan. 2011.

UNSCHULD, P.U. Culture and Pharmaceutics: some epistemological observations of pharmacological systems in Ancient Europe and Medieval China. *In*: GEEST.;WHYTE (eds.). **The context of medicines in developing countries.** Studies in pharmaceutical anthropology. Dordrecht: Kluwer, 1988. p. 179-197

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

CONSTITUIÇÃO E DIREITO EUROPEU:
Lições para a efetividade dos direitos humanos na América Meridional

Rogério José Bento Soares do Nascimento[1]

1. Introdução

A colonização da América, o imperialismo e uma globalização assimétrica relegaram o Sul do continente à periferia do mundo. Estamos ligados aos centros de poder da economia mundial de forma dependente. Mas esta constatação não apaga nem atenua o peso da nossa herança cultural europeia. Ao sul da América somos ocidentais, geográfica e culturalmente e somos modernos[2]. Partilhamos o projeto otimista da modernidade,

1 Pos-doutor pela Universidade Federal do Paraná. Doutor em Direito Público pela UERJ. Professor permanente no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Procurador Regional da República.

2 A modernidade tem centro e periferia, mas não é compreensível na sua totalidade se negligenciada qualquer de suas partes. Não somos nem pré nem pós modernos. O iluminismo antropocêntrico e desencantado, constitutivo da modernidade, glorifica o meio razão, sem metas, sem um fim. Conforme observa HARVEY, David, no **Condição pós-moderna**. São Paulo. Edições Loyola, 1992. A crítica da modernidade, seu individualismo, seu universalismo e seu cientificismo, e dos seus mitos, se estabeleceu no interior da própria tradição moderna, através do modernismo com suas vanguardas estéticas e seus movimentos emancipatórios e revolucionários na política. O antropocentrismo é posto em questão pela teoria da origem das espécies de Darwin, que

encarnado no esforço de desenvolver o conhecimento em busca da emancipação humana. Confiança na ação humana libertadora da escassez e da contingência de catástrofes naturais, pelo poder da criatividade individual e da organização social, assumindo o preço de deflagrar um turbilhão de mudanças, muitas vezes violentas, contra a humanidade e a natureza. Partilhamos também o ceticismo e a ampliação da sensibilidade ao risco que se seguiram, a hesitação sobre a relação entre meios e fins e a descrença na possibilidade da emancipação nas condições econômicas e políticas contemporâneas.

A circunstância de estarmos, no Brasil, unidos por laços culturais estreitos à modernidade ocidental europeia[3], pela via da nossa herança lusa[4], justifica voltar os olhos para o di-

---

situa o homem na natureza, pela teoria psicanalítica, com Freud negando a onipotência do sujeito que já não tem controle absoluto sobre sua vontade e pela teoria de Marx ao localizar o móvel da história e da economia nas relações de produção e na luta de classes que dela decorrem, fora do eixo da vontade do indivíduo. Conforme BIRMAN, Joel. **Arquivos do mal-estar e da resistência**. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2006. O modernismo, porém, não rompe com o cientificismo nem com o universalismo e o alto modernismo do segundo quarto do século XX, com sua pretensão planificadora e ordenadora exacerbada também se esgota e produz sua própria crítica, muitas vezes rotulada de pós-modernismo. O pós-modernismo que apresenta enorme variedade, tendo como único ponto de contato a descrença em metanarrativas totalizantes, não fornece um paradigma substitutivo do paradigma da modernidade.

3 O modelo de arranjo estatal que se generalizou e foi reproduzido em escala mundial consolidou-se no continente europeu, a partir da Paz de Westfália, em 1648. Trata-se de um caso histórico, fruto mais de circunstâncias do que da vontade, de uma manifestação social, na condição de técnica de relacionamento entre pessoas, de realidade política, institucionalizadora do poder, além de fenômeno Jurídico. Acrescente-se que há muitas Europas: uma geo-cultural, difusa; uma ampla representada pelos 41 países aderentes à Convenção Européia dos Direitos Humanos, reunidos em torno do Conselho da Europa e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo; e outra mais estreita, representada pelos 27 países que integram a União Européia, a qual se vinculam o Parlamento Europeu, com sede em Bruxelas e o Tribunal de Justiça da União Européia com sede em Luxemburgo.

4 O deslocamento da família real portuguesa para o Rio de Janeiro em 1808, fazendo do Brasil o centro da Corte, estimulou um ambiente favorável à circulação de idéias inspiradas no modelo liberal europeu e reforçou o incipiente

reito europeu. Particularmente, para a experiência de buscar um caminho intermediário entre a adoção de uma constituição e a vinculação por força de compromissos multilaterais. Algo que a União Europeia tem experimentado desde o malogro da Constituição assinada em 2004[5], culminando com o Tratado de Lisboa, firmado em dezembro de 2007 e que entrou em vigor em dezembro de 2009. Uma via de reforma institucional claramente orientada para democratização e que parece não ignorar, nem dispensar, as virtudes de se apoiar a convivência cidadã no pacto constitucional de cada Estado-povo territorialmente delimitado[6], conforme se encontra explicitamente reconhecido no art. 4º, 2 do Tratado da União Européia. Pacto cuja efetividade depende, em forte medida, da efetividade dos mecanismos jurisdicionais de controle da constitucionalidade.

Art. 4º (...)

2. A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia

---

aparato burocrático administrativo, inaugurado com a nomeação dos governadores-gerais a partir de 1549 e acelerado com os vice-reinados a partir de 1714 e a transferência da capital para o Rio de Janeiro, em 1763, durante o ciclo do ouro no período pombalino. É também digno de destaque as antigas estruturas administrativas locais, em torna das câmaras municipais e formação de uma estrutura jurisdicional a partir da instalação do Tribunal da Relação de Salvador, em 1652 e o do Rio de Janeiro, em 1752.

5 A proposta de Constituição foi formulada a partir de uma Convenção presidida pelo ex-presidente da França Valery Giscard d'Estaing, aprovado pelo Conselho Europeu com alterações introduzidas em uma Conferência Intragovernamental e, ironicamente, foi sepultada com a vitória do "não" (54,86% dos votos) no referendo da França, país que, pouco tempo depois, iria eleger como presidente Nicolas Sarkozy do partido *Union pour un Mouvement Populaire*, adepto do "sim". A Constituição também foi rejeitada pela Holanda.

6 Sobre a evolução do modelo de Estado de Direito, dentro e fora da tradição ocidental, veja-se COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo. Estado de Direito. História, Teoria e Crítica. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro.

Este reconhecimento da força da herança cultural européia, na América, transcendendo o passado colonial pela preservação de canais de diálogo após o movimento de independência no século XIX, fenômeno que perpassa o século XX e se mantém, entretanto, não deve conduzir ao descuido para com nossas peculiaridades. O modo de inserção do ordenamento interno brasileiro no Mercosul (pacto entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, na condição de Estados parte, contando com Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela como Estados associados[7]), nossa adesão à UNASUL[8] (integrada pela Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Peru), enfim as experiências de integração do Brasil no âmbito regional, embora possam ser reconhecidas como aspecto local de um fenômeno geral merece ser visto com seus matizes próprios.

Além da diferença de estágio e de modelo do projeto de integração regional no Sul da América e na Europa há também de considerar diferenças no que diz respeito às relações estabelecidas entre os cidadãos e o poder institucionalizado. No Brasil e em toda a América meridional, com variações de grau, prevalece

7 O bloco supranacional aprovou na Cúpula de 2005 a adesão da República Bolivariana da Venezuela como Estado parte, em 2006 aquele país assinou o protocolo de adesão, porém, até outubro de 2010 ainda faltava a aprovação do Parlamento do Paraguai para concretização da mudança do status da ligação da Venezuela com os demais membros do Mercosul.

8 Com a adesão do Uruguai ao Tratado de Constituição da UNASUL, em 09 de fevereiro de 2011 foi cumprida a condição de no mínimo de nove ratificações, necessária para consolidação do fórum multilateral, todavia em abril de 2011 ainda pendia de exame, no Congresso brasileiro, o Projeto de Decreto Legislativo PDC 1669/09 que aprova o ingresso do Brasil.

uma *ética de identidade e lealdade verticais*[9], pessoal, apoiada em privilégios estabelecidos com base em vínculos de origem e pertinência a grupos diferenciados, com distinção hierárquica, geradora de exclusão contornada pelo recurso a intermediários, os "padrinhos" e "despachantes".

Conforme observou Milton Santos surgiu entre nós um *cidadão mutilado* imerso em uma *sociedade multitudinária.* Sem a prevalência das ideias de valorização de uma sociedade civil autônoma e de igualdade entre pessoas com acesso a direitos formou-se uma comunidade de clientes, consumidores de prestações públicas e privadas que se contentam em ser chamados de usuários.

"Em nenhum outro país foram assim contemporâneos e concomitantes processos como a desruralização, as migrações brutais desenraizadoras, a urbanização galopante e concentradora, a expansão do consumo de massa, o crescimento econômico delirante, a concentração da mídia escrita, falada e televisionada, a degradação das escolas, a instalação de um regime repressivo com supressão dos direitos elementares dos indivíduos, a substituição rápida e brutal, o triunfo, ainda que superficial, de uma filosofia de vida que privilegia os meios materiais e se despreocupa com os aspectos finalistas da existência e entroniza o egoísmo como lei superior, porque é o instrumento da buscada ascensão social[10]*."*

---

9 DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis.* 6ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. pág. 195.

10 SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão. 7 ed.* São Paulo: EDUSP, 2007, pág. 25. Entre 1910 e 1930 houve um aumento de 30% da população brasileira estimulado pela imigração, que correspondeu a 10% deste incremento e pela redução da taxa de mortalidade, sem redução da taxa de fertilidade. Esta última só cai a partir de 1970. Em 1940 31,2 % da população habitava zonas urbanas, em 1980 este percentual alcançava 67,59 % e em 2000 chegou a 82,25% Cf. Estatísticas dos Século XX do IBGE, acessível em www.ibge.gov.br/seculoXX/default.shtm.

Entre nós, mesmo a ampla reforma institucional modernizadora que se seguiu à promulgação da Constituição Federal de 1988, com estabilização política e econômica (eleições regulares, superação da crise no governo Collor pela via constitucional, alternância, estabilização da moeda e equacionamento da dívida externa) e aperfeiçoamento do marco legal (aprovação dos Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso, do Código de Defesa do Consumidor, de novo Código Civil, nova Lei de Propriedade Industrial, nova Lei de Falências, nova Lei Eleitoral, nova Lei dos Partidos Políticos, e de alterações significativas no Código de Processo Civil, no Código de Processo Penal e na Legislação Penal) a percepção de cidadania ainda é regulada. O status de cidadão ainda é associado ao indivíduo inserido no mercado formal exercendo uma ocupação reconhecida e regulada em lei, excludente dos trabalhadores rurais sem terra, dos desempregados, dos que realizam atividades não representadas por sindicatos ou reguladas em Conselhos Profissionais Autárquicos[11].

2. Globalização e o desafio Europeu

O desafio europeu está em fortalecer os laços comuns desta Europa significativamente ampliada, ainda sob os efeitos da crise econômica mundial de 2008 que, embora originada na América, teve repercussão mundial com impacto profundo em alguns países da União Europeia (particularmente Portugal, Irlanda, Grécia e Espanha). Embora a América Latina e Caribe tenham experimentado a maior queda de Produtos Internos em 2009, seguidos da Europa, sendo da Ásia a menor (China, Índia e Indonésia tiveram desaceleração sem retração), a América Latina teve também a segunda maior recuperação (depois da Ásia), à frente da Europa.

11 SANTOS, Wanderley Guilherme. *Cidadania e Justiça. A política social na ordem brasileira.* Rio de Janeiro: Campus. 1979.

Vale observar que, sem embargo da maior complexidade da União Europeia, atualmente constituída de um número grande de países, alguns monetariamente integrados (a chamada zona do Euro) outros não, a heterogeneidade é um ponto comum entre o esforço cooperativo europeu e sul americano. Lá chama atenção o contraste entre a maior economia (Alemanha com PIB de US$ 2,984.440 milhões) e a menor (Malta com PIB de US$ 9,5 milhões)[12]. Aqui, considerados os Estados parte e os associados ao Mercosul, além do contraste também acentuado entre o maior e o menor mercado (o PIB brasileiro é de US$ 2.020.079 milhões e do Paraguai é de US$ 28 milhões), chama atenção a desproporção entre o Brasil e seus parceiros regionais (a soma do PIB dos demais países US$ 2.062.000 milhões equivale ao PIB do Brasil).

De todo modo a globalização, adotada neste breve artigo como designação genérica de qualquer processo de integração econômica hierarquiza, da escala local para mundial, com o predomínio de um centro dinâmico sobre uma periferia dependente, exige um grau elevado de integração jurídica (considero insuficiente tratar a globalização como simples eliminação de barreiras para atividade econômica em escala internacional). Variam os meios de integrar, as estratégias e o modelo econômico, a dependência a partir de um centro integrador é traço constante.

No ocidente a antiguidade gerou uma estratégia imperial de globalização manifesto pela integração dos povos dominante e dominado sob uma unidade territorial e política. Roma, o centro, e seus domínios, constituem-se em uma mesma e grandiosa comunidade jurídica. O colonialismo marcou um novo fluxo globalizante, sob hegemonia europeia (o meio foram as caravelas, que expandiram a navegação marítima num primeiro momento e, em seguida, as inovações tecnológicas da e pós revolução industrial: embarcações a vapor, ferrovias, telégrafo, telefone, rádio

---

12 World Development Indicators database, World Bank, 27 September 2010 4, in http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/GDP_PPP.pdf

e televisão até chegar a internet) primeiramente repetindo o modelo imperial, para depois, com a estabilização do modo de produção capitalista (favorecido pelo colapso da alternativa soviética) e a descolonização política (a esta altura já com os EUA como centro do mercado econômico mundial), abdicar da unidade territorial, preservando a livre circulação do capital.

Este modelo de mundialização da economia e de integração, renomeado simplesmente de globalização levou a expansão do direito internacional e dos organismos internacionais de mediação e solução de conflitos, levando até à previsão do Tribunal Penal Internacional, esboço da utopia de uma jurisdição internacional comum que possa servir para solução pacífica de conflitos entre povos e de proteção de minorias. Conduziu também ao fenômeno da regionalização, isto é, o surgimento de espaços geográficos semi-integrados a partir de laços econômicos e culturais entre diferentes Estados soberanos.

Culturalmente, porém, sem embargo da profunda difusão da cultura de massas ocidental permaneceram as profundas diferenças. Em parte, pelo unilateralismo de uma integração quase de mão única (digo quase, pois os fluxos migratórios da metade do século vinte em diante se inverteram, levando traços das culturas periféricas para o centro, semi absorvidas como manifestações folclóricas), e noutra parte, por um processo de reafirmação de identidades locais, que reagem a ameaça de diluição. Além do mais, sem um móvel econômico os idiomas da periferia cultural são ignorados, obrigando a uma comunicação mediada pela cultura do centro dinâmico.

A hierarquia da globalização, por sua vez, faz com que este processo, embora constitua muitas vezes um incremento de produtividade, venha a aprofundar desigualdades entre regiões e entre grupos sociais. Este fator anti-humanista e a aculturação levam com que a globalização, sem crítica e ressalvas, assuma forma de opressão. O sentimento de opressão e a incapacidade de compreender o outro levam a intolerância e corroem

o próprio processo. Mas aí teríamos que dirigir o debate para outros caminhos, voltemos ao curso original.

2. Direito comunitário

Toda comunidade econômica supõe uma comunidade de Direito, esta, porém, tanto pode ser fragmentada, tal como é a sociedade internacional, a comunidade mundial vista em conjunto, quanto pode ser integrada, a exemplo dos muitos blocos regionais, zonas de livre comércio, uniões aduaneiras e mercados comuns existentes, dentre eles o nosso Mercosul[13].

O modo como este processo de integração jurídica se concretiza, volto a dizer o óbvio, é variável. As experiências meridional e europeia são muito diferentes entre si. Talvez se encontre na União Europeia a experiência até agora mais sofisticada, impulsionada por razões econômicas, na busca de competitividade em escala mundial diante da globalização, mas também por razões políticas, na busca de paz para um continente marcado por uma longa história de conflitos armados.

A integração europeia forjou uma ordem jurídica própria, autônoma, distinta e hierarquicamente superior às ordens internas. O direito comum europeu exige interpretação e aplicação uniforme, assegurada pelos poderes comunitários, constituídos de modo democrático; vigora a regra da maioria no conselho, os representantes do parlamento são eleitos (art. 14, 4), os indivíduos têm acesso ao tribunal e os direitos fundamentais estão garantidos) ainda que se possa reconhecer obstáculos para a participação influente do povo nas instâncias de deliberação comum, mediadas pelos Estados-parte. Direito Europeu (art. 6ª), inclui as disposições da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, alterada em Estrasburgo em 2007, a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e

---

13 Sobre a formação do Mercosul veja-se ALMEIDA, José Gabriel Assis. *Mercosul. Manual de Direito da Integração.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

das Liberdades Fundamentais e 'tradições constitucionais comuns aos Estados-membros'.

São instituições da União: Parlamento Europeu, Conselho Europeu, Conselho, Comissão Europeia, Tribunal de Justiça da União Europeia, Banco Central Europeu e Tribunal de Contas (previstas no art. 13 do Tratado da União, e disciplinadas no Tratado para o Funcionamento da União Europeia). O mandato no Parlamento é de 5 anos. O Conselho Europeu constituído dos Chefes de Estado não tem função legislativa e delibera por consenso, elege um Presidente que tem mandato de dois anos e meio e não pode estar exercendo qualquer mandato nacional. O Conselho composto por um membro indicado por cada Estado delibera por maioria qualificada e divide funções legislativas e orçamentárias com o Parlamento e exerce funções de definição política e coordenação (em 2014 passa a vigorar regras novas para a maioria qualificada voto de 55 % dos membros, sendo 15 de Estados que representem juntos 65% da população). A Comissão tem funções eminentemente executivas e seus membros são escolhidos para mandato de 5 anos. Conta na sua estrutura decisória com um Presidente e um Alto Representante para Negócios Estrangeiros e Política de Segurança. É composta de um membro de cada Estado Parte. Chegou a ser prevista a redução do número de componentes para um número igual a 2/3 dos Estados Membros (art. 17, 4 e 5) a partir de 2014, o que foi revisto por pressão dos Estados menores. O presidente da comissão é eleito pelo parlamento por proposta do Conselho Europeu e participa da escolha dos nomes dos demais membros (art. 17,7), enquanto o Alto Representante é nomeado pelo Conselho Europeu e pode ser destituído antes do fim do mandato (art. 18).

O Tratado de Lisboa ampliou o poder de agenda ao admitir iniciativa da cidadania europeia (art. 11, 4 do TUE, art. 24 do TFUE) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União, de 2000, alterada em Estrasburgo em 2007, aderiu à Convenção Europeia para proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, guardada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do

Homem que, assim, teve sua jurisdição incorporada ao marco unionista. Quem sabe já não caminha, a Europa, para uma integração institucional, superior à integração jurídica e política? Quem sabe não caminha para a construção de uma identidade coletiva própria europeia?

3. Processo de integração na América do Sul.

O processo de integração sul americana, a parte o simples fato de ser mais recente, ainda é incipiente (quase limitado a condição de união aduaneira). Basta recordar que em Seminário sobre a Internalização de Normas Mercosul, realizado no Senado Brasileiro, dia 02 de setembro de 2004 foi divulgado que naquela ocasião das 80 normas até então editadas apenas 21 foram totalmente aprovadas pelos Parlamentos dos quatro países membros e dentre as 59 normas pendentes de aprovação parlamentar para entrarem em vigor, 23 ainda não foram sequer submetidas aos Congressos nacionais por parte dos governos (art. 38 e 40 do Protocolo de Ouro Preto). Chama igualmente atenção o tempo que tem sido consumido no exame pelos Estados parte da adesão da Venezuela, proposta em 2004 e ainda não consumado em 2010, por estar faltando a aprovação do Paraguai.

As experiências de cunho eminentemente político, tais como o mecanismo internacional de consultas criado em 1986, reunindo Argentina, Brasil, Colômbia, México, Panamá, Peru, Uruguai e Venezuela, chamado de Grupo do Rio, também não tem assumido maior relevo. O mesmo se pode dizer da Comunidade Andina, constituída com a Declaração de Cuzco de 2004 por Bolívia, Equador e Peru, embora mereça destaque no sistema andino de integração a previsão de um Parlamento Andino e de um Tribunal de Justiça Andino.

Na busca de caminhos para superar estas dificuldades (uma norma meridional tem levado até três anos para entrar em

vigor) estuda-se um processo prévio de consulta dos Executivos aos Parlamentos, dando-lhes vós nas negociações dos novos tratados e até a criação do Parlamento do Mercosul, em dezembro de 2010, embora ainda sem sufrágio direto.

Note-se que há uma ordem jurídica meridional, composta de normas originárias (Tratado de Assumpção e o Protocolo de Ouro Preto que unidos fixam as bases da integração regional), normas derivadas (acordos internacionais como o Protocolo de Brasília sobre solução de controvérsias ou de Colônia sobre investimento estrangeiro e normas expedidas pelas instituições comuns) e normas complementares (internacionais gerais, ex. conceito de controvérsia e internas dos estados-parte – ex. conceito de domicílio) art. 41 do Protocolo de Ouro Preto.

Outra via, que se fortalecida pode ser mais frutífera é a UNASUL[14], explicitamente comprometida com o objetivo de construir uma identidade e cidadania sul americanas congregando os blocos formados pelo Mercosul e pela Comunidade Andina somados à Chile, Guiana e Suriname e voltada para temas políticos como migração, objeto de declarações de 04/07/2008 e de 12/02/09 motivadas pela Proposta de Diretiva de Retorno e Diretiva sobre Empregadores de Imigrantes Ilegais da UE; direitos de povos indígenas; matriz energética, sustentabilidade e defesa. Além de conselhos ministeriais setoriais a UNASUL conta com Conselho de chefes de Estado, Conselho de Ministros de Relações Exteriores, Conselho de Delegados e Secretaria Geral.

Contudo a instabilidade política na região ainda é acentuada como se percebe dos constantes incidentes diplomáticos sinalizando atrito entre Colômbia e Venezuela e na conturbada constituinte boliviana em 2007 e a crise no Equador em setembro de 2010.

---

14 A UNASUL tem origem na Comunidade Sul-americana de Nações fundada em Cuzco em 2004 que passou a adotar o nome de União de Nações Sul-americanas a partir da I Cupula, em Isla Margarita, Venezuela, em 2007.

Enquanto não forem estabelecidas instâncias democráticas de poder comum, enquanto não houver mecanismos jurisdicionais de uniformização da aplicação das normas meridionais ainda será difícil sustentar que existe um direito de integração, com uma esfera de competência própria, diferenciada do direito internacional e do direito interno. Há, porém, necessidade de coordenar estes círculos de poder nacional e supranacional. No plano da teoria do direito este ambiente novo, no qual órbitas de normatividade nacionais e transnacionais se superpõem recomenda uma releitura de Santi Romano para quem

"(...) uma ordenação, em sentido objetivo, não se reduz apenas a normas, as quais, com efeito, pressupõem a instituição compreensiva e unitariamente considerada, mas são um seu aspecto e uma sua manifestação(...). O direito é também norma, mas, além de norma e, mesmo antes de ser norma, é organização ou corpo social, e é este que à norma comunica, como um produto seu ou derivação, a natureza jurídica e não o contrário. (...) Assim, o aspecto normativo do direito está estritamente conjugado com seu aspecto institucional...[15]*"*

Cumpre recordar que para Romano instituição é estrutura, ordem, status e organização, relativamente estável e pretendida permanente, que unifica os elementos que a compõem formando uma individualidade com existência objetiva e concreta, e constituição, em sentido material, dá forma, fisionomia e unidade à ordenação estatal, determinando posições e relações recíprocas entre as pessoas e instituições secundárias que concorrem para formar a estrutura do Estado, indicando fins e interesses que animam o projeto de vida comum, bem como os poderes, direitos e obrigações atribuídos aos sujeitos que atribuem

15 SANTI ROMANO, **Princípios de Direito Constitucional Geral**. São Paulo: RT, 1977 (original de 1945) p. 73.

legitimidade ao Estado e, ao mesmo tempo, são submetidos ao exercício da soberania.

*"Na esfera da ordenação estatal podem ter valor não só as normas oriundas diretamente do Estado e dos demais entes e sujeitos que dele retiram a sua autonomia, mas também, as normas que derivam de ordenações, ou seja, de instituições, que são originárias em relação ao Estado, principalmente a comunidade internacional, os Estados estrangeiros e a Igreja [*melhor será falar nas confissões religiosas em geral*]. Porém, no âmbito do Estado, que também é uma ordenação originária, elas não têm eficácia por si mesmas diretamente, mas apenas quando as leis estatais a atribuem e nos limites de tais atribuições, logo, são irrelevantes, ou pode ser-lhes proibida a observância enquanto o Estado não as reconhecer."*[16]

Todavia, creio que no contexto atual, sem prejuízo de uma maior abertura para o pluralismo, no plano da teoria das fontes, a relação entre o direito meridional e o direito interno, ainda recomenda solução baseada no conceito de supremacia da constituição. Não porque acredite que a soberania é absoluta (trata-se de um mito, difundido, que foi útil ao seu tempo, mas um mito). Na medida em que o Estado se transforma se transforma com ele a própria ideia de soberania. E o livre comércio também não passa de um mito.

Cabe à jurisdição constitucional no plano interno, estabelecer a mediação entre a necessidade de defesa do pacto constitucional interno, legitimador do poder partir do acervo de valores condensados no vocabulário transcultural oferecido pelos direitos humanos e a necessidade de articulação supranacional. Jurisdição constitucional tomada neste trabalho no sentido de ampliado que exprime o poder exercido pelos sujeitos de direito determinados na constituição e pelas leis, para aplicação do

16 Ob. cit. p. 122.

direito constitucional aos casos concretos em defesa da normatividade, da unidade e da capacidade integradora do compromisso constitucional.

Vale o registro de que o STF no exame da ADI 1480-DF rel. Ministro Celso de Mello, informativo 109, decidiu que a existência do Mercosul e regra de obrigatoriedade das normas aos Estados-parte não dispensa o processo constitucional de incorporação das normas meridionais com aprovação do Congresso Nacional (art. 49, I e 84, VIII da CRFB). Todavia, é preciso avançar, é preciso estabelecer um diálogo entre os múltiplos órgãos investidos de jurisdição constitucional em cada Estado-parte desta empreitada cooperativa regional, destinado a disseminar um compromisso comum com o modelo democrático.

E o déficit democrático das instâncias supranacionais de cooperação pode ser compensado, ao menos em parte, se tomado como processo histórico dialógico. Uma empreitada dinâmica, submetida à crítica e correção permanente, fruto do aprendizado mútuo. Porém, para que este processo seja um processo de aprendizado contínuo os sujeitos afetados, cidadãos cosmopolitas, têm de estar inseridos em uma mesma trajetória[17]. Têm de estar ligados a um compromisso mútuo de coexistência (traduzindo a expectativa de uma comunidade política de pessoas livres e iguais) e a um consenso mínimo de valores que são fornecidos pelos direitos humanos. Aqueles que participam, influem e sofrem a incidência dos processos decisórios situados dentro e fora dos limites territoriais do Estado soberano têm de agir como participantes de um só e mesmo percurso.

De todo modo, a constelação pós-nacional que a globalização, a regionalização e o multilateralismo, desencadeado com o fim da guerra fria, alimentam, não dispensa a figura dos Estados locais. Como observou Habermas *graças a uma grande realização civilizatória, o Estado constitucional de democrático*

---

17 Habermas, Jürgen. Era das Transições. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro. 2003. pág. 165-167.

consegue agir como um domesticador jurídico do poder político, com base na soberania dos sujeitos reconhecidos por um direito internacional[18]. E mais:

> *"(...) a arena internacional é ocupada por Estados nacionais independentes que podem movimentar-se por si mesmos, de acordo com seus próprios interesses, uma vez que a segurança e a sobrevivência da coletividade constituem, aos olhos dos membros participantes, valores inegociáveis, e porque, na perspectiva de um observador, os imperativos de auto-afirmação racional estratégica ainda constituem a melhor medida para regular as relações entre atores coletivos".*[19]

Assim é forçoso reconhecer que o constitucionalismo mudou, mas o seu postulado democrático, essencial para quem ainda aposta na emancipação da pessoa, na pacificação da convivência e no primado da razão, não perdeu atualidade. A expansão da normatividade do direito da integração ou de círculos jurídicos regionais superconstitucionais, quando nos diga respeito, deve obedecer a uma exigência de fundo. Precisa estar cercada de garantias democráticas sob pena de se ver traído o compromisso constitucional que dá identidade ao Brasil.

4. Conclusão

A lição que o percurso da União Europeia fornece reside na importância de se contemplar o político, na percepção de insuficiência da racionalidade instrumental econômica. A crise europeia, que se seguiu ao abalo do mercado imobiliário Norte-americano de 2008, revelou que a heterogeneidade dos parceiros impede de se apostar no auto-equilíbrio do mercado econômico.

---

18 Ob. Cit. p. 45.

19 Idem p. 46.

Na Europa o avanço foi viável quando reconhecido o papel dos Estados-parte com soberania, e teve um nítido direcionamento democrático, conciliável com a unidade do quadro institucional comum. Este modelo é reconhecível no Tratado de Lisboa, que tem caráter de quadro, de moldura compartilhada, destinada a preservar a pluralidade, tal como está expresso nos mecanismos de salvaguarda dos pequenos países, e que se abriu para fontes externas à União, como a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem.

Os obstáculos que emergem desta complexa integração só podem ser equacionados com a lógica do entendimento. No plano da nossa realidade regional dois projetos distintos disputam preferência: o Mercosul, nascido de uma lógica comercial e aduaneira e a UNASUL, nascido com pretensão política. Convém fortalecer o projeto político, da perspectiva de valorização da democracia e dos direitos humanos. Acredito na conveniência de estimular o entendimento mútuo, caminhando para uma meta de fusão entre os dois projetos, ainda que isto pareça distante.

Referencias Bibliográficas

ALMEIDA, José Gabriel Assis. *Mercosul. Manual de Direito da Integração.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BANCO MUNDIAL. *World Development Indicators database*, World Bank, 27 September 2010 4, in http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/GDP_PPP.pdf

BIRMAN, Joel. **Arquivos do mal-estar e da resistência**. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2006.

COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo. *Estado de Direito. História, Teoria e Crítica*. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis.* 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

IBGE. *Estatísticas do Século XX*, em http://www.ibge.gov.br/seculoXX/default.shtm.

SANTI ROMANO. *Princípios de Direito Constitucional Geral.* São Paulo: RT, 1977 (original de 1945).

SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão. 7 ed.* São Paulo: EDUSP, 2007.

SANTOS, Wanderley Guilherme. *Cidadania e Justiça. A política social na ordem brasileira.* Rio de Janeiro: Campus. 1979.

A PROTEÇÃO DOS BENS COMUNS ENQUANTO PROBLEMA JURÍDICO E POLÍTICO: APRECIAÇÕES PRELIMINARES

Rogério Gesta Leal[20]

1. Notas Introdutórias

Pretendo neste ensaio abordar genericamente o tema da proteção dos bens comuns pela Administração Pública enquanto função institucional própria, verificando qual o estado da arte desta questão no debate doutrinário especializado, para então demarcar também em caráter geral a situação brasileira no ponto. Para tanto, vou me valer notadamente das contribuições teóricas que a doutrina italiana vem desenvolvendo no particular, especialmente a produção decorrente de projetos de pesquisa coordenados pelo Prof. Dr. Alberto Lucarelli, Ordinário de Direito Público da Università di Napoli - Federico II, Itália.

20 Rogério Gesta Leal é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, Professor Permanente da Universidade Estácio de Sá. Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira.

Em termos de evolver deste ensaio, optarei, por primeiro, em verificar como se encontra hoje o debate sobre os desafios do Estado Administrador em sociedades altamente complexas, para em seguida identificar algumas matrizes teóricas e normativas sobre o tratamento da propriedade enquanto instituto jurídico e político, passando então ao estudo das reflexões do Prof. Lucarelli enquanto modelo sistematizador do conceito de bem comum que revisa fundamentalmente aquele conceito tradicional de propriedade e mesmo de Administração Pública.

2. A reformatação do Estado Administrador como Estado Social

As últimas reformas da Administração Pública no Brasil têm mostrado de forma muito clara a orientação privatizante do processo de gestão da coisa pública, o que vem a ser uma tendência internacional notadamente a partir da segunda metade do século XX.

Já tive a oportunidade de referir[21] que a economia dos mercados em expansão que pauta a forma e o conteúdo das relações sociais e institucionais da Idade Moderna, demarcando as possibilidades de desenvolvimento nacional e internacional, por certo é o Estado Nacional[22] que ainda responde, mal ou bem, pela mediação entre sistema econômico, sistema político e social, contando, para tanto, com alguns clássicos atores institu-

21 LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

22 Aqui entendido como o modelo de Estado que se caracteriza pelo fato de deter ainda a soberania jurídica e política em face de seu território e povo, reconhecida pelos demais Estados e pela Sociedade, conforme BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política.* Brasília: UNB, 1996, p.136. Ao afirmarmos isto não desconhecemos, com GIDDENS, Anthony. *A terceira via.* Rio de Janeiro: Record, 1999, que, hoje, no centro deste Estado, mesmo de feições social-democrata, *o dinamismo das Sociedades de mercado solapa as estruturas tradicionais de autoridade e fratura as comunidades locais; o neoliberalismo cria novos riscos e incertezas e pede aos cidadãos que simplesmente os ignorem.* p.25.

cionais: legislativo, judiciário, partidos políticos, organizações de classe nacionais, etc. . Suas funções tradicionais e exponenciais são: (1) responder pela infra-estrutura física (energia, urbanização, linhas de subsídios, etc) no território nacional, a fim de viabilizar os investimentos do capital local e alienígina, pressupostamente produtivos e alavancadores do desenvolvimento; (2) responder pelas demandas sociais decorrentes do modelo econômico adotado, em especial ao seu denominado *custo social* (segurança, saúde, educação)[23]; (3) responder pela estrutura normativa/legislativa asseguradora de determinadas prerrogativas individuais e coletivas, bem como de exigências desses mesmos mercados e capitais (o que por vezes se afigura como contraditório); (4) responder pela estrutura judicial para os efeitos de manter a ordem e a estabilidade dos negócios jurídicos de todo esse processo, ao mesmo tempo em que necessita enfrentar, sob o âmbito jurídico, os litígios de natureza coletiva e social que provém desses cenários.

Ocorre que, como diz Lucarelli:

> *Tali riforme, che hanno coinvolto il quadro istituzionale e i rapporti tra economia e diritto, indebolendo l'effettiva tutela dei diritti sociali, sono anche, e soprattutto, il risultato di un coacervo di eventi economico-finanziari e geo-politici, esogeni ed endogeni al nostro ordinamento giuridico. Eventi spesso disarticolati e disomogenei tra loro, indotti da crisi economico-finanziarie, da crisi energetiche, ambientali, alimentari, caratterizzati, con logiche neo-colonialiste, dallo sfruttamento sempre più violento dei soggetti deboli. Un processo involutivo che sta recidendo le radici dello Stato*

23 O conceito de custo social é utilizado, dentre outros, por MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica.* São Paulo: Paz e Terra, 1991, no sentido de identificar as conseqüências sociais explícitas da agenda de políticas econômicas desenvolvida pelo capitalismo ocidental, tais como: desemprego, marginalização social, criminalidade, violência, etc..

sociale, creando insicurezze e conflittualità sempre più drammatiche.[24]

Este cenário de coisas inevitavelmente implica mutações comportamentais e funcionais da própria Administração Pública, que passa, de um lado, a ser mais demandada em termos de apresentar soluções – através de políticas públicas preventivas e curativas - às conseqüências destes modelos de mercados e relações sociais marginalizantes; por outro lado, tem de continuar desempenhando aquelas funções estabilizadoras da ordem e ensejadoras das chamadas condições infra-estruturais das relações de poder.

Jürgen Habermas tem defendido[25] a tese de que ao longo do terceiro quartel de nosso século, o Estado Social na Europa e em outros países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) compensou, em grande parte, as conseqüências indesejadas de um sistema econômico altamente produtivo, porém, desequilibrador das relações sociais. Neste cenário, entende o autor que o capitalismo não impediu, antes possibilitou, que se cumprisse a promessa republicana da inclusão igualitária de todos os cidadãos, contando, dentre outras coisas, com uma nova dicção normativa institucional-constitucional.

De fato, o Estado constitucional democrático garante a igualdade também no sentido de que todos devem ter a mesma oportunidade de fazer uso de seus direitos. John Rawls, hoje o teórico mais influente do liberalismo político, fala nesse sentido do "fair value" de direitos repartidos com

---

24 LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Artigo inédito entregue pessoalmente ao autor deste texto, p.01. E neste ponto, coloca Lucarelli: *La sostituzione progressiva dei processi decisionali pubblici e dell'atto pubblico a vantaggio di scelte economiche, espressione di modelli neo-contrattuali, lobbistici e neo-feudali, mi ha spinto (me levou) ad interrogarmi sul senso più profondo del diritto pubblico oggi*.

25 HABERMAS, Jürgen. *Nos limites do Estado*. In Especial para a Folha de São Paulo, Caderno MAIS!, Página: 5-4. Edição: Julho de 1999.

> *paridade. Em vista dos desabrigados, que se multiplicam em silêncio sob nossos olhos, vem à memória a frase de Anatole France: não é suficiente que todos tenham o mesmo direito de "dormir sob as pontes". Quando compreendemos o texto de nossas Constituições nesse sentido material da realização de uma sociedade socialmente justa, a idéia da autolegislação, segundo a qual os destinatários das leis devem ser entendidos ao mesmo tempo como seus autores, ganha a dimensão política de uma sociedade que atua sobre si mesma.*[26]

Tais mutações sociais e políticas no cenário internacional também atingiram de cheio a formatação do novo Estado Democrático de Direito e a Administração Pública que lhe é consectária, na expressão de Lucarelli:

> *Il passaggio da una organizzazione del potere di natura politico-amministrativa, interessata prevalentemente alla migliore ed efficiente gestione pubblica (anche e soprattutto con strumenti di diritto privato) ad una organizzazione pubblica che intende assumersi responsabilità in ordine alla gestione diretta di attività economiche e di servizi pubblici e sociali, che intende produrre norme per garantire l'effettivo accesso ai diritti, caratterizza progressivamente il processo di democratizzazione del diritto pubblico. Un processo teso ad andare oltre il classico e formale rapporto autorità-libertà, e che non può non ruotare intorno ad un ruolo attivo delle istituzioni pubbliche*.[27]

De qualquer sorte, o marco normativo-constitucional que inaugura os tempos hodiernos, evidencia um parâmetro de concepção e ação estatal e social em direção a caminhos civilizatórios e de emancipação previamente demarcados, ao menos em

---

26 Op.cit., p.04.

27 LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale.* Op.cit., p.03.

suas linhas gerais. Tal parâmetro rompe com o paradigma reducionista da função reguladora meramente individual do direito (enquanto sistema e ordenamento jurídicos), construída, essencialmente, sobre o conceito de direitos subjetivos individuais e mesmo com a matriz francesa de gestão pública como sinônima de legalidade estrita e gramatical, retirando dos administradores possibilidades de exercício subjetivo público envolvendo direitos e garantias muitas vezes estabelecidos pela via muito mais dos princípios do que das regras jurídicas.

Ao mesmo tempo, esta Administração Pública Democrática tem seu acento identitário e diferenciador posto no que se pode chamar de matriz publicístico-democrática, focada na gestão de demandas e conflitos de prestações sociais. Neste modelo, a complexidade das relações sociais não permitem que o direito público (administrativo) cinda a dimensão política da administrativa propriamente dita, mas as tenham como permanentemente presentes na formatação, discussão, deliberação, execução e avaliação das políticas públicas gestacionais de toda a comunidade, com ampla participação da cidadania em todas estas fases.[28] Por conseguinte, *Il modello di diritto pubblico, delineato dalla nostra Costituzione, si allontanerebbe, in maniera più o meno evidente, sia dal metodo dello Staatswissenschaftliche di von Stein, sia dal metodo giuridico di Gerber, Laband Jellinek, poi recepito in Italia da Orlando, rivolto a regolamentare ed organizzare lo Stato di polizia, il rapporto autorità-libertà, la tutela delle libertà individuali.*[29]

---

28 Como refere Lucarelli: *Occorre dunque immaginare una sintesi "pubblicistica" del rapporto politica-amministrazione, una sintesi che è possibile cominciare ad intravedere nella teoria dei diritti fondamentali dello Stato sociale. In tal senso, si pensi a titolo esemplificativo all'esperienza weimariana; ad una organizzazione statuale nella quale la pubblica amministrazione, oltre alla "buona gestione della cosa pubblica", viene incaricata di responsabilità politico-sociali, di erogare prestazioni di natura socio-economica; prestazioni che non possono prescindere da un livello politico, o meglio da un indirizzo político.* Op.cit., p.04.

29 Idem, p.07. Lembra Lucarelli, deixando de lado o período fascista italiano, que: *la Costituzione italiana rappresenta la "chiusura" definitiva del diritto pubblico*

Qual a principal conseqüência à Administração Pública em face destes desafios que lhe acorrem? Por certo a progressiva especialização e profissionalização estrutural e operacional de quadros e serviços, para dar conta suficientemente de todas as demandas, o que não deve representar, ao mesmo tempo, insulamento dos demais interlocutores – em especial os soberanos cidadãos -, sob pena de gerar, pela via da tecnoburocracia, outros nichos autoritários de concentração e manipulação de poder. Vale a advertência de Lucarelli no ponto, ao sustentar que:

> *Il passaggio dalla democrazia formale alla democrazia sostanziale, dal mero riconoscimento del diritto all'effettiva affermazione del diritto (il c.d. accesso al diritto), richiede, al di là delle forme, un diritto pubblico "militante", in grado di riconoscere diritti di prestazione, ma in grado anche di porli in essere effettivamente attraverso l'azione di una buona amministrazione. Questo segna il passaggio da un diritto pubblico che deve regolare la mera titolarità della res publica, ad un diritto pubblico che si pone tra i suoi compiti quello di gestire la res publica, in funzione del perseguimento di interessi generali.*[30]

O Estado hodierno (e notadamente no Brasil), em tais condições, passa a ter uma revigorada função de ordenação do caos

---

con la Scuola del Metodo giuridico orlandiano, cioè con quel metodo che portava in sé i modelli privatistici di un'amministrazione servente ad un indirizzo politico tendenzialmente autoritario e comunque orientato, secondo le logiche del liberalismo autoritario, in via primaria alla tutela delle libertà individuali e alla difesa dei valori e degli interessi dello Stato borghese.

30 Idem, p.06. Refere ainda o autor que: *Si comprende come la visione formalistica del diritto pubblico, o anche tesa unicamente al buon funzionamento dell'organizzazione del potere, non sia idonea a dare risposte ad un crescente numero di persone, per le quali mancano i presupposti sociali per la realizzazione delle garanzie di libertà giuridica. Questo quadro dunque, lasciato a sé stesso, e non affrontato socialmente attraverso un "ruolo funzionale" del diritto pubblico, esprime sempre più una formula vuota, che richiede appunto una formula nuova.*

e da agudizante exclusão social provocada pelo modelo de organização produtiva e social hegemônico nos últimos tempos no cenário internacional, agora potencializado pelos termos dos vínculos políticos delimitados pelas diretrizes constitucionais, tendo por tarefa e principal característica revitalizada a administração dos conflitos que perpassam a sociedade multicultural e tensa que o institui. Assim, um processo de democratização da sociedade é, necessariamente, também um processo de organização descentralizada do Estado, em que ele se mobiliza tendo em vista propiciar a possibilidade de prevenção e resolução dos conflitos existentes pela via do Direito Público[31]. Na dicção de Lucarelli:

> *La vera dimensione del diritto pubblico si avverte, invece, in tutta la sua pienezza, quando esso mostra un radicato interesse per la politica sociale; quindi, piuttosto che composizione di interessi diffusi ed orizzontali, il diritto pubblico percepisce e si propone di risolvere le ingiustizie, i conflitti, le contraddizioni, disseminante nel rapporto istituzioni-società e all'interno della società stessa. Quanto più è grave e profondo il conflitto sociale, tanto più si percepisce l'esigenza del diritto pubblico, tanto più se ne esalta il ruolo.*[32]

O Estado de que estou falando, pois, não se confunde somente com a instituição jurídica que toma corpo em seus poderes institucionais, mas é espaço de comunicação e explicitação de um mundo da vida ordenado por marcos normativos fundantes, vetores axiológicos positivos que estabelecem as regras

---

31 Veja-se que estas mudanças todas identificadas têm levado o Estado a inserir-se direta e indiretamente no processo de acumulação do capital, seja para conter a tendência decrescente da taxa de lucros nas economias capitalistas, seja para atender os imperativos da divisão e exclusão do trabalho, que requer, cada vez mais, níveis mais altos de competitividade e de inclusão social. Ver o texto de BASBAUM, Leôncio. *História Sincera da República.* 04 volumes. São Paulo: Alfa-Ômega, 1981.

32 LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale.* Op.cit., p.10.

do jogo democrático, a partir do que se tem o que posso chamar de mínimos existenciais e plexos de prerrogativas e garantias que se postam como conquista histórica da humanidade em seu evolver. No mais, tudo pode e precisa ser construído, dependendo da capacidade criativa que se vai ter de superar as próprias limitações que se tem.

Como diz Lucarelli, tais questões vão fazendo surgir nova matriz estatal de conformação dos interesses públicos e privados, com a presença mais marcante e, por vezes, interventiva, das instituições públicas à proteção de interesses e bens que são indisponíveis por pertencerem ao sujeito coletivo que é a comunidade, fazendo surgir esta figura que é o Estado Social Administrativo (*L'insorgere dello Stato sociale attribuisce al diritto pubblico un ruolo molto speciale e peculiare, ovvero il tentativo di trasformare l'azione dello Stato da imperium a dominium, cioè strumento di compensazione, governo e gestione dei conflitti sociali; strumento teso all'effettiva tutela ed accesso ai diritti fondamentali*[33]), o que se apresenta de forma cada vez mais emergente, em face até das demandas coletivas que vão explodindo com mais freqüência e intensidade.

Assim, o conceito de boa administração envolve inclusive *una estensione progressiva delle forme pubblicistiche al contesto dei rapporti economico-patrimoniali. La configurazione di un modello che si contrappone all'azione amministrativa, intesa secondo schemi formalistici e del diritto privato e orientata prevalentemente al c.d. "buon governo" della cosa pubblica.*[34] Ou seja,

33 Idem, p.07. Ver também FIORAVANTI, Marcelo. *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica.* In *Quaderni Fiorentini,* 13. Florença: Einaudi, 1984, p.592. Adverte este último autor que *Ciò pone in essere una progressiva edificazione dello Stato sociale-amministrativo, attraverso una crescita di apparati burocratici e l'assunzione di nuovi servizi e compiti da parte dello Stato, nella consapevolezza che dove non c'è sfera pubblica non c'è neppure sviluppo, che le spese sociali non vanno concepite come un costoso passivo nei bilanci pubblici, ma come la forma di investimento pubblico sicuramente più produttiva*.

34 Idem, p.08.

até mesmo a propriedade privada – grande bastião fundador dos direitos individuais de matiz liberal –, até então intocável pela interesse público, se vê alcançada pela lógica publicística que passa a viger na ordem constitucional social do século XX, a despeito de sua historicidade privatista, o que passo rapidamente a abordar.

3. O evolver histórico da propriedade e sua inserção social

A propriedade enquanto instituto social e político, antes de jurídico, tem sido tratada de diversas formas pela cultura ocidental. Estudos clássicos, como o de Coulanges[35], dão conta de que há três coisas que desde a mais remota antigüidade se encontram fundadas e solidamente estabelecidas: a religião, a família e a propriedade.

Nos estudos de Engels[36], percebe-se que, em razão de aspectos econômicos e também físicos-naturais, vinculou-se estreitamente a propriedade com a existência de agrupamentos humanos e familiares, relevando-se aqui a causa de produção da subsistência e suas conexões espontaneístas com o cotidiano dos indivíduos, sem existir uma nítida e presente intenção dirigida à sociabilidade. Tal situação autoriza a crença de que a primeira idéia de propriedade surgida em nossa cultura seja a comunal, distinta, pois, da propriedade privada.[37]

Entre a maior parte dos agrupamentos primitivos estudados por Coulanges e por Engels, os deuses domésticos ou lares tinham o seu altar assente no solo onde deveriam ficar para adoração pela família, solo este que estabelecia vínculo indissolúvel

---

35 COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga.* Coimbra: Porto, 1987.

36 ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado.* São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.

37 GRASSERIE, Raoul de. *Principios sociológicos del derecho civil.* Madrid: Hijos de Reus, 1908, p.251.

com esta, e a ambos, a família e o solo, os deuses protegiam como propriedades suas. Assim, cada família, tendo seus deuses e seu culto, devia ter, por estreita correlação, a sua terra particular, a sua propriedade. A divindidade doméstica era quem assegurava o seu direito inalienável e imprescritível a essa mesma propriedade e o limite inviolável do domínio, cuja perpetuidade persistia hereditariamente, enquanto persistisse a religião doméstica.

Esta bibliografia citada deixa claro que se dá um salto muito rápido da noção religiosa à associada às relações de produção, mercado e do próprio sistema capitalista vindouro, tendo-se a civilização como estágio de desenvolvimento da sociedade em que a divisão do trabalho, a troca entre indivíduos dela resultante e a produção mercantil, atingem seu pleno desenvolvimento e ocasionam uma revolução em toda a sociedade anterior. Nesse modo de produzir, *foi-se introduzindo lentamente a divisão do trabalho, o que minou a produção e a apropriação em comum, erigiu em regra dominante a apropriação individual, criando, assim, a troca entre indivíduos*. [38]

Foi em Roma que a concepção de uma propriedade rigidamente individual se firmou de uma maneira mais dogmática e positivada. Na Roma Antiga, o regime de bens era dominado por dois fatores preponderantes: a concepção do Direito e a organização das famílias. Esta, fundada no culto ao lar e aos mortos, formava uma organização autocrata. Em razão disso exigia um sistema de bens assecuratório de sua auto-suficiência.[39]

---

38 ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Op.cit., p. 141. Lembra o autor que também são características da civilização, por um lado, a fixação da oposição entre a cidade e o campo como base de toda a divisão do trabalho social e, por outro, a introdução dos testamentos, por meio dos quais o proprietário pode dispor de seus bens ainda depois de morto. *Essa instituição, que era um golpe direto na velha constituição gentílica, não foi conhecida em Atenas, mesmo no tempo de Solon; foi introduzida bastante cedo em Roma, mas ignoramos em que época*.

39 Na obra de MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano.* São Paulo: Max Limonad, 1990, p.241, é possível termos a seguinte assertiva: *É certo que o*

O direito absoluto de propriedade romana vai, com o decorrer dos tempos, sofrendo limitações legais inspiradas em motivos de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática. Assim, ao proprietário é admitido usar e fruir da propriedade, inclusive abusar dela, desde que isso não ofereça danos à propriedade ou aos direitos de outrem, respeitando-se desta forma os direitos de vizinhança.[40]

Já na Idade Média, elaborou-se um conceito todo próprio de propriedade, indo de encontro ao exclusivismo dos romanistas e introduzindo uma superposição de titulações de domínios, de densidades diferentes, que se mantinham paralelas umas às outras. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade de terras criaram uma identificação entre o tema da soberania e o da propriedade, pois se distinguem o domínio direto da propriedade, que é do senhor feudal, e o domínio útil do vassalo.[41]

Em verdade, pode-se, a partir destes dados, entender como o uso e gozo efetivos da propriedade na história do Ocidente não passou de uma inconfundível dominação sobre a coisa, imposta pela realidade político-social. Como conseqüência direta disto, deu-se o predomínio das relações reais sobre as pessoais, matéria que o ordenamento jurídico em seguida passaria a regular com vista a estabelecer certa ordem e estabilidade ao modelo de desenvolvimento da Idade Moderna.

A Idade Moderna, pois, começa a esboçar-se com a profunda expansão comercial desde o Mercantilismo, pelo início

---

primitivo Direito Romano possuía um direito de propriedade de sentido absoluto e exclusivo, personalista e individualista.

40 Lembra CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano.* Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.174, que neste período romano, no próprio terreno, podia o proprietário fazer o que quisesse, desde que não molestasse o direito alheio. Entretanto, mesmo no próprio terreno, o *dominus* teria algumas limitações, sendo, por exemplo, obrigado a deixar espaços livres de cinco pés se se tratasse de prédios rústicos ou urbanos. Nesses espaços, não poderia haver construções.

41 WALD, Arnold. *Direito das Coisas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.96.

da grande produção manufatureira, pela formação de impérios financeiros, pelas sociedades por ações e, no século XVI, com a descoberta do Novo Mundo. A idéia de propriedade imobiliária torna-se senso comum e instituição reconhecida em todo o Ocidente. As coroas conquistadoras, à custa das suas novas colônias, inauguraram o período que pode se identificar como fase da acumulação primitiva do capital, o que possibilita o advento do modo de produção capitalista.[42] A nova forma de propriedade que ganha relevo em pouco tempo é a propriedade industrial, que vem se juntar à propriedade imobiliária, todas de caráter absolutamente individual e destinadas a atender expectativas particulares e setoriais de uma parcela da sociedade, sendo idealizadoras de que esta propriedade tenha um fim em si mesma, ou seja, servir de capital para gerar mais capital.

Lembra Zolo, neste particular, que Marx acertara em seu diagnóstico no sentido de que a liberdade individual assim como a propriedade, no contexto da separação burguesa entre Sociedade Civil e Estado Político, agudizou os aspectos individualistas e atomísticos que se opõe à dimensão humanitária do ser social, impedindo a igualdade de se materializar.[43]

Coube, assim, à Revolução Francesa, enquanto marco histórico e político da Modernidade, instituir novo tratamento à propriedade, tanto no aspecto político-ideológico como no jurídico, ampliando mais o seu significado, oportunizando a abolição dos privilégios, o cancelamento dos direitos perpétuos, desprezando a coisa móvel e priorizando os bens imóveis. Daí

---

42 Neste sentido BORON, Atílio. *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 1994. Ver também BERLE JR., Adolf A. *A Propriedade Privada na Economia Moderna*. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.

43 ZOLO, Danilo. *Liberta, proprietà Ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali.* In Diritti Fonamentali: un dibattito teorico. Roma: Laterza, 2008, p.61. Refere o autor que: *Questo è un aspetto della critica marxiana della società liberale che a mio parere conserva ancora oggi una sua uttualità.... non perchè la fonte della disuguaglianza social e della povertà sia la struttura esclusiva e particolaristica della proprietà privata, ma perchè ad operare in senso antiugualitario sono i potenti meccanismi dell'economia di mercato.*

resultaram preocupações jurídicas envolvendo o instituto da propriedade, amplamente regulada pelo Código de Napoleão de 1804.[44]

Conforme Pugliatti[45], o direito de propriedade, a partir do Código de Napoleão, destaca-se dos direitos políticos, até então lugar especial de alojamento do instituto, desligando-se do poder de jurisdição e afirmando-se como direito civil, direito à utilização econômica da coisa, garantindo-se ao seu titular a mais ampla liberdade, dentro dos limites de regulamentação legal existentes.[46]

Por outro lado, a doutrina jurídica francesa que enfrenta a problemática da propriedade e do direito de propriedade, principalmente com Josserand[47] e Duguit[48], avança teoricamente no sentido de agregar à reflexão jurídica elementos políticos e sociais. O primeiro autor, por exemplo, aloca o direito de propriedade na classe dos direitos de caráter egoístico, em razão do que, se tal direito for exercido sem utilidade, caracteriza-se o abuso,

---

44 Com a tomada do poder pela burguesia, na Revolução Francesa (1789), a propriedade passa a figurar dentre os direitos fundamentais, juntamente com a vida e a liberdade; prova disso é o constante no art. 17 da "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", que afirma ser o direito de propriedade *inviolable et sacré,* posição ratificada, claramente, pelo Código de Napoleão, onde é considerada um direito o assento territorial da independência do indivíduo. Era possível, a seu detentor, utilizar-se do bem segundo os princípios do *jus utendi* e *jus abutendi* do Direito Romano. Ver o trabalho de HAURIOU, André. *Derecho Constitucional y Instituciones Politicas.* Barcelona: Ariel, 1990.

45 PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietá nel Nuovo Diritto*. Milano: Giuffrè, 1994, p.96.

46 Consoante disposição expressa do art.544, do Código de Napoleão. Ver o texto de FERRO, Marcelo Roberto. *A Propriedade Privada no Código de Napoleão*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 70, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

47 JOSSERAND, August. *De L´Esprit des droits et de leur relativité.* Paris: Ginevre, 1939.

48 DUGUIT, León. *Las Transformaciones generales del derecho privado.* Madrid: Sacramento, 1960, e o clássico texto *Traité de Droit Constitutionnel.* Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1967.

por se encontrar o direito desviado de sua destinação econômica e social, *i.e.*, ter uma utilidade, por mais particular que ela seja. Para Duguit, o direito positivo não protege nem deve proteger o direito subjetivo absoluto do proprietário, mas simplesmente garante a liberdade ao possuidor de constituir riqueza com a finalidade de cumprir com uma função social.[49]

Veja-se que a idéia de função social aqui diz com o fato de o titular do direito utilizar as faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que este tem capacidade de produzir, ficando sujeito às cominações legais se não o fizer, fundamentalmente para que a propriedade possa ser recolocada em seu caminho normal. A função social, aqui, insisto, visa justamente a fazer com que ela seja utilizada de maneira a cumprir o fim econômico a que se destina, não gerando contraposição entre os interesses individuais e coletivos.[50]

No âmbito histórico brasileiro mais recente, em especial no Código Civil de 1916 (art. 485 e seguintes), esta tradição da propriedade tida como direito absoluto vem projetada na perspectiva de assegurar ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens (art. 524, deste CCB) – referido por Maria Helena Diniz como direito correspondente ao *jus utendi, fruendi e abutendi* do Direito Romano[51]; mais do que isto, dispõe o art. 527, do mesmo diploma legal, que o domínio presume-se ilimitado e exclusivo, até prova em contrário.

---

49 É importante ter presente que Duguit vai buscar na sociologia de Durkheim e em sua teoria da solidariedade, fundada na divisão do trabalho social, um fundamento para o direito no sentimento de solidariedade, ao qual agrega, depois, na terceira edição do seu *Traité de Droit Constitutionnel* (1967), um sentimento centrado na idéia de justiça.

50 Ver o meu livro LEAL, Rogério Gesta. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

51 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p.86. Na mesma direção ver o texto de GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O Estatuto da Propriedade Perante* o *Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 64, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Interessante registrar o depoimento de Gustavo Tepedino sobre esse período:

> *Função social da propriedade é, pois, conceito relativo e historicamente maleável, de acordo com a távola axiológica inspiradora da doutrina e do sistema positivo de cada época. Com o liberalismo do século XIX, a marca do individualismo moldaria a função social como instrumento de afirmação da inteligência e da liberdade do homem. A propriedade cumpriria necessariamente sua função social pela apropriação em si, como forma máxima de expressão e de desenvolvimento da liberdade humana. Esta dogmática inspiraria, com efeito, a codificação da Europa do último século e, em sua esteira, o nosso Código de 1916.*[52]

Ocorre que desde o constitucionalismo social do século XX[53], junto com a idéia de Estado Social que abordei acima, começa-se a verificar o progressivo reconhecimento, pelo ordenamento jurídico (constitucional e infra-constitucional), da necessidade de se constituir uma ordem social mais justa e equilibrada, para garantir a democracia e o desenvolvimento, o que atinge inexoravelmente a concepção de propriedade, sua natureza e funções. Esta concepção se propaga internacionalmente, de forma que hoje já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, de restrições e de induzimentos

---

52 TEPEDINO, Gustavo. *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol.306, p.73/78. Na mesma direção ver o excelente trabalho de FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

53 Estou me referindo aos movimentos políticos que redundam em expressões normativas, tais como: a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Espanhola de 1931, etc., que incorporaram em seus textos o conceito de justiça social, ao menos no âmbito do direito constitucional.

que compõem, ao menos preliminarmente, conteúdo mínimo à função social da propriedade.[54]

Em outras palavras, a propriedade varia conforme as relações sociais e econômicas de cada momento. O grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que a propriedade já não pode mais ser sustentada, ao gosto do período de codificação acima referido (o que inclui o Brasil), como instituto meramente jurídico e tratado como mônada no âmbito do tecido social em que opera, mas, ao contrário, revela-se insuficiente a abordagem jurídica da propriedade que a descontextualiza de sua natureza social e de suas correlações políticas, o que importa considerá-la como fato/ato jurídico proveniente muito mais de correlações de forças sociais – perspectiva fenomenológica - do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo.

Em verdade, a preocupação com a função social da propriedade, no caso brasileiro, plasmou-se de forma mais clara no âmbito da Constituição de 1946, em face do condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social. Já a Emenda Constitucional n°1/69, modificou o artigo 160, da CF/46, asseverando que: *A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social*. Da mesma forma a Lei nº4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), tratou da função social da propriedade rural, a partir do que tal

54 De forma arguta, Tepedino (op.cit., p.77) lembra que este processo intervencionista, ao se realizar por força da Constituição, a qual, seguramente, serve como ponto de atração para todo o sistema normativo, atinge violentamente a pretensa autonomia então vigente no âmbito da codificação privada ocidental, em especial no caso dos Códigos Civis, mercê da socialização do direito civil que o tornou voltado para valores sociais e não tão-somente para valores patrimoniais. Isto ocorre, na opinião do autor, em face de que, na lógica normativa-publicista nascente, é inadmissível conceber um sistema que responda a lógicas setoriais ou meramente particulares. Portanto, a perda de espaço pelo Código Civil coincide com a chamada publicização ou despatrimonialização do direito privado, invadido pela ótica publicista, própria do Estado Social de Direito.

expressão viu-se agregada nas Constituições de 1967, em seu art.157, III, e na Constituição de 1969, em seu art.160, III.

É interessante notar que festejados doutrinadores do Direito Civil pátrio vêm incorporando, desde então, a despeito de que timidamente, esta evolução em suas obras. Veja-se o exemplo de Caio Mário da Silva Pereira:

> *A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva, todavia, conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao dominus o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – ius utendi, fruendi e abutendi. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão freqüentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.*[55]

A função social, pois, nessa perspectiva, relaciona-se, fundamentalmente, com o *uso* da propriedade, incidindo, também, sobre o exercício das faculdades e poderes inerentes ao direito de propriedade, eis que sua utilização deve servir ao bem da coletividade[56], razão pela qual a Constituição brasileira de 1988, de certa forma, tentou andar na direção apontada, na medida em que instituiu uma série de normas protetivas da propriedade e delineadoras de conteúdos mínimos à sua função, a saber: (1) A inclusão da propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, ao lado de sua função social, nos termos do art. 170, incisos II e III; (2) A inserção da função social da pro-

55 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.67.

56 Esta concepção foi elevada à condição de princípio jurídico pela Constituição de Weimar (1919).

priedade no âmbito dos direitos e garantia fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, ao lado da proteção à propriedade privada[57]; (3) O art. 182, e seguintes, da Constituição atual fixa regras pertinentes à propriedade territorial urbana, referindo-se ao tema da Política Urbana, assim como o art.184, e seguintes, tratam da propriedade rural no capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária[58]; (4) Há, ainda a regulação – art.185 - sobre a pequena e a média propriedade, garantindo ao seu titular, desde que não possua outra área, ser insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária. Neste sentido, tem-se a disposição do art. 5º, XXVI, como garantia de impenhorabilidade da *pequena propriedade familiar e rural* para pagamento de débitos oriundos de sua atividade produtiva, gozando de meios de financiamento específicos para o seu desenvolvimento; (5) Da mesma forma, a pequena propriedade, de até 250 metros quadrados, se urbana, e de até 50 hectares, se rural, destinada à moradia familiar, e, no caso da rural, tornada produtiva pelo possuidor, é suscetível de aquisição por usucapião em prazo de cinco anos, nos termos dos arts. 183 e 191; (6) Não se perca de vista o disposto nos arts.182 e 183, da Constituição, que dão as bases do direito de propriedade urbana, devidamente regulamentados pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade.

A doutrina estrangeira assim se manifesta também:

---

57 Veja-se que, na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio da ordem econômica e social. Diante disso, pode-se entender que, nos termos do texto atual, respeitada a técnica adotada pelo constituinte, tal imposição à propriedade figura em lugar mais privilegiado, isto é, enquanto direito e garantia fundamental do indivíduo.

58 Nesse sentido, a Constituição também disciplinou a função social da propriedade imobiliária urbana, valorizando o plano diretor a ser estabelecido por lei local – art.182; previu o parcelamento compulsório e a tributação progressiva de solo urbano não edificado, bem como a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de até 10 anos, nos termos do art. 182, § 4º, I, II e III; instituiu o usucapião especial urbano - art.183 - sob os seguintes requisitos: a) área de até 250 m2; b) 5 anos de ocupação como moradia própria ou da família; c) ausência de oposição; d) não possuir outro imóvel rural ou urbano.

> *La función social es ni más ni menos que el reconocimiento de todo titular del dominio, de que por ser un miembro de la comunidad tiene derechos y obligaciones con relación a los demás miembros de ella, de manera que si él ha podido llegar a ser titular del dominio, tiene la obligación de cumplir con el derecho de los demás sujetos, que consiste en no realizar acto alguno que pueda impedir u obstaculizar el bien de dichos sujetos, o sea, de la comunidad.*[59]

De outro lado, tais elementos normativos da Carta Política precisam ser cotejados com os Princípios Fundamentais que a informam, a saber, e em especial, com as disposições do seu capítulo primeiro, arts. 1º a 4º, o que significa dizer que a função social da propriedade está prévia e definitivamente vinculada, em termos de significado, com os temas da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

Qualquer interpretação que seja dada à propriedade que não leve em consideração tais elementos, inexoravelmente, irá de encontro com o previsto no texto constitucional brasileiro, a despeito das posições doutrinárias e jurisprudências ainda resistentes desta perspectiva que há no Brasil e mesmo em outros países nesta quadra histórica.[60]

---

59 VIVANCO, Antônio Carlos. *Teoria de Derecho Agrário.* México: Porruà, 2008, p.49.

60 Importante aqui a lembrança de Lucarelli no ponto, quando assevera que: *Basti pensare, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione alla celebre e discussa sentenza della cassazione, sez. unite penali, del 7 febbraio 1948, con cui si introduceva una tripartizione tra le norme costituzionali, tra norme precettive ad applicazione immediata, norme precettive ad applicazione differita, che per dispiegare la loro forza normativa richiedevano un intervento attuativo del legislatore, prima del quale non potevano esplicare alcun effetto cogente o abrogativo, e norme direttive o meramente programmatiche, che si distinguevano da quelle precedenti perché lasciavano al legislatore discrezionalità quasi senza limiti per la loro attuazione. Ciò rappresentava un evidente freno alla forza normativa-innovativa della Costituzione, in difesa di valori e principi consolidati*

Por estas razões é que os próprios civilistas brasileiros têm concordado com o fato de que, se é verdade incontestável que o regime jurídico da propriedade privada se submete às normas de direito civil[61], tais normas reclamam conformidade à ordem constitucional. Como quer Arendt, *a palavra "privada" em conexão com a propriedade, mesmo em termos do pensamento político dos antigos, perde imediatamente o seu caráter privativo e grande parte de sua oposição à esfera pública em geral.*[62]

Não foi em vão que o Novo Código Civil Brasileiro se preocupou em estabelecer limites à propriedade em seus artigos 1228[63] a 1232, objetivando dar cumprimento à determinação constitucional do uso da propriedade equacionar-se ao bem-estar social. Em especial neste art.1.228, em seu §1º, tem-se de forma muito clara a preocupação em proteger o que se pode nominar de bens comuns à sociedade, asseverando que *o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora,*

---

della borghesia di matrice liberale. LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale.* Op.cit., p. 10.

61 Isto está posto de forma clara – inclusive sob a perspectiva da noção mais absolutista de propriedade -, no atual Código Civil Brasileiro (Lei nº10.406 de 10 de janeiro de 2002), em seu art.1.231, dispondo que *A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.*(Código Civil – Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002

62 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.70. Na dogmática jurídica, ver o trabalho de ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno.* Londrina: UEL, 1998, em que destaca ser a função social da propriedade o resultado da combinação dos direitos individuais e os direitos sociais.

63 Vide o que estabelece o art.1228, ao prever em seu §1º, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Demanda ainda em seu §2º, que são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Disposição desta natureza, para além de demarcar as possibilidades da vida civil entre particulares, institui verdadeira política pública normativa de gestão de bens comuns que dizem respeito não só ao mercado, mas fundamentalmente à toda a comunidade, o que *aumenta la responsabilità delle istituzioni pubbliche, non in quanto proprietari del bene, ma in quanto tutori degli interessi generali e dei valori etico-sociali, riconducibili alla protezione del bene stesso e quindi in quanto soggetti responsabili verso le generazioni future*.[64]

Demarcados estes cenários teóricos e normativos, cumpre agora verificar como se pode delimitar ainda mais este conceito de Bem Comum enquanto novo paradigma da propriedade, o que passo a fazer.

4. Bens Comuns e patrimônio: novos paradigmas

Para cumprir o intento de enfrentar os contornos semânticos e pragmáticos do conceito de Bem Comum vou me valer, dentre outros, mas principalmente, do excelente trabalho de Alberto Lucarelli (já referido), até em face das investigações que vem desenvolvendo sobre o tema no *Centre International d'Etudes et de Recherches sur les Biens Communs*, de Paris e Nápoli.

Tem sustentado o professor Lucarelli que, para construir uma noção jurídica de Bem Comum, deve-se partir de uma visão mais universal do direito, fixando-se em valores/princípios notadamente vinculados à sobrevivência e à convivência social lato

64 LUCARELLI, Alberto. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Nápoli: Univeristà Frederico II, 2007, p.03.

senso[65], o que demandaria, dentre outras coisas, partir-se da delimitação de um quadro de princípios envolvendo a natureza do direito sob comento, em vez de se partir da individualização de bens juridicamente já dimensionados pelos ordenamentos positivados.

Assim, a noção de Bem Comum é o resultado de um fenômeno de necessária coesão econômica, social e territorial, envolvendo bens (naturais e construídos) da civilização, e por isto fundamentais a ela, os quais, por decisão política parlamentar e democrática, positivam-se em ordenamentos jurídicos vinculantes à tutela de tais bens enquanto condizentes à natureza humana em sua forma social e inclusive moral.

A partir deste conceito aproximativo e exemplificativo de Bem Comum, o problema que Lucaralli se coloca diz com as dificuldades de sua efetiva proteção, constantemente ameaçados não só pela cultura privatista que historicamente se tem de propriedade, mas em face da tradição de transferência do domínio e uso destes bens, pela via das concessões de serviços públicos, gestão de recursos naturais (hídricos) pelo mercado, etc. Por certo que mecanismos de controle e transparência sobre estes bens são constantemente aprimorados, o que não tem evitado os seus depauperamentos progressivos.

Assim que:

65 Lucarelli opta por estabelecer uma relação entre o Direito Natural e o Direito Positivo nesta abordagem que não vou aprofundar e mesmo eleger como foco, a uma porque tenho divergências epistemológicas quanto a tal opção, a duas porque, em meu sentir, se pode aprofundar este conceito de Bem Comum sem optar pela relação proposta, a três porque não teria tempo para enfrentar a abordagem filosófica proposta neste ensaio. Por uma questão de respeito ao texto do autor impõe-se esta advertência pessoal. No particular, refere Lucarelli: *L'adesione ad un contenuto minimo di diritto naturale declina altresì il principio della responsabilità giuridica verso le generazioni future e non implica alcuna violazione del principio della separazione tra diritto e morale. Questo modo di ragionare non violerebbe il principio humeano della fallacia naturalistica, cioè l'errore logico consistente nella deduzione di una conseguenza normativa da una premessa fattuale, infatti, l'idea del contenuto minimo del diritto naturale si ispira "solamente" all'idea di sopravivenza e convivenza*. Idem, p.05.

I beni comuni sono beni che, al di là della proprietà, dell'appartenenza, che è tendenzialmente dello Stato, o comunque delle istituzioni pubbliche, assolvono, per vocazione naturale ed economica, all'interesse sociale, servendo immediatamente non l'amministrazione pubblica, ma la stessa collettività in persona dei suoi componenti...... Tali istituti, infatti, oltre lo spirito originario dei beni comuni, tendono, nel migliore dei casi, a bilanciare esigenze collettive con esigenze individuali [66].

Com acerto Sandulli adverte para o fato de que o conceito de Bem Comum não implica a transmutação ou negação da propriedade privada, que contínua íntegra tanto na cultura como na maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais – tampouco pode ser confundido com o conceito tradicional de bem coletivo -, mas dá relevo, para além do título dominial da propriedade consectário, ao significado e função reconhecida pelo Direito no particular, fundado em situações fáticas que geraram o reconhecimento (e tutela) normativo deste bem como comum.[67]

Ou seja, parte o conceito de Bem Comum da premissa de que a sobrevivência e convivência de valores, tradições, hábitos, costumes, e todas as suas projeções materiais e imateriais na realidade histórico-social da civilização, se afiguram como bens absolutos, dos quais declinam direitos fundamentais que, para serem tutelados eficacialmente, precisam de políticas públicas e ferramentas protetivas adequadas.

---

66 SANDULLI, A.M.. *Beni pubblici.* In *Enciclopedia de Diritto.* Vol. V. Milano: Giuffrè, 1959, p. 285.

67 Nas palavras de Lucarelli: *Non si è in presenza di un bene demaniale o patrimoniale dello Stato, o comunque di un bene riconducibile all'istituzione pubblica, ma, si è in presenza, invece, di una res communis omnium, che, al di là del titolo di proprietà, si caratterizza da una destinazione a fini di utilità generale; si è in presenza di un bene orientato al raggiungimento della coesione economico-sociale e territoriale e al soddisfacimento di diritti fondamentali.* LUCARELLI, Alberto. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni.* Op.cit., p.04.

Com este espectro semântico é que um dos mais importantes marcos normativos internacionais sobre o tema o define, a saber:

> *Artigo 1º*
>
> Definição de bens culturais
>
> Para fins da presente Convenção *são considerados como bens culturais, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário:*
>
> *a) Os bens, móveis ou imóveis, que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte ou de história, religiosos ou laicos, ou sítios arqueológicos, os conjuntos de construções que apresentem um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objetos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as coleções científicas e as importantes coleções de livros, de arquivos ou de reprodução dos bens acima definidos;*
>
> *b) Os edifícios cujo objetivo principal e efetivo seja, de conservar ou de expor os bens culturais móveis definidos na alínea a), como são os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos e ainda os refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis definidos na alínea a) em caso de conflito armado;*
>
> *c) Os centros que compreendam um número considerável de bens culturais que são definidos nas alíneas a) e b), os chamados "centros monumentais".*[68]

---

68 Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Convenção de Haia) – 1954. Adotada a 14 de Maio de 1954 pela Conferência de Haia de 1954 sobre a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (que reuniu de 21 de Abril a 14 de Maio de 1954).Entrada em vigor na ordem internacional: 7 de Agosto de 1956.

Daí a importância, para Lucarelli, de se configurar à abordagem de tema tão complexo o que ele chama de uma Teoria Mista, capaz de levar em conta *i temi classici delle scienze giuridiche, quali la proprietà, la nozione di interesse generale, gli istituti partecipativi; una nozione che esercita diretta influenza sulla fruibilità e sulla gestione del bene comune, ovvero che presenta una diretta ricaduta sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali*.[69]

Por outro lado, está em jogo nesta lógica protetiva de bens comuns a mudança paradigmática de cultura envolvendo a idéia não só de propriedade privada de interesse público, mas fundamentalmente de responsabilidade do Estado em relação a isto, porque não se pode associar a este novel tipo de propriedade mascarada espécie expropriatória que demanda indenização pecuniária ao titular do domínio ou posse. Na dicção de Lucarelli: *I principi della sussidiarietà orizzontale e verticale, l'azione di soggetti privati per il perseguimento di interessi generali ed il ruolo sempre più attivo delle amministrazioni locali non deve indurre ad un disarmo funzionale e di responsabilità da parte dello Stato*.[70]

Vale aqui a tese de que deve o proprietário ou possuidor, em nome da subsidiariedade horizontal, solidariedade, responsabilidade cívica e republicana e tolerância, ser também responsável pela proteção de patrimônio que, além de ser privado, também é público – material e imaterialmente -, sem restringir de forma absoluta os atributos dominiais de estilo (fruição, uso, gozo, disponibilidade, etc.) do bem sob comento.

---

69 Idem, p.06. Mais adiante reforça o autor que *la conversione del diritto soggettivo (diritto di proprietà) in funzione (socio-economica) del bene apre la strada del controllo circa l'esercizio del diritto e circa l'eventuale abuso. L'abuso del diritto di proprietà costituirebbe un aggressione a quella tavola di valori universali, oggettivizzati attraverso il diritto pubblico internazionale, le Costituzioni ed eventualmente attraverso la legislazione di rango primário*.

70 Idem, p.08.

> *Governo pubblico dei beni comuni non va identificato con proprietà pubblica, la natura del diritto dovrebbe prevalere sulla natura giuridica del bene ed i cittadini potrebbero integrarsi nei processi di governo, attraverso un rapporto politico, piuttosto che economico. In sostanza, andrebbe data più rilevanza al soggetto, titolare di diritti, nella sua dimensione di homo civicus, piuttosto che al bene, alla cosa, espressione di una mera valenza economica. In questa dimensione giuridico-istituzionale, viene esercita l'azione dello Stato, ora di gestore, ora di regolatore, ora di controllore, ma sempre orientata all'utilità pubblica, sempre tesa ad evitare la degenerazione dell'homo civicus in homo economicus.*[71]

Por certo que quando o exercício destes atributos foram inviabilizados ou prejudicados de maneira predominante, poderá restar caracterizada a expropriação pública até indireta, com os consectários próprios, o que deverá ser matéria de ampla instrução probatória e caracterização conjuntural adequada, levando em conta a natureza hibrida da propriedade que se formou.

É Umberto Cerroni que, desde há muito, contextualiza bem esta abordagem, ao sustentar que *Il governo dei beni comuni, anche attraverso il coinvolgimento della cittadinanza attiva, deve svolgersi attraverso l'adozione di responsabili politiche pubbliche, che le istituzioni dovrebbero porre in essere, non sull'ancestrale titolo proprietario, ma in quanto tutori del più ampio concetto di interesse generale*.[72]

---

71 Idem, p.12. Alerta ainda o autor que *Governare i beni comuni, in particolare le risorse naturali, impone una prospettiva universalistica, in base alla quale, il soggetto titolare del diritto di fruire dei beni comuni è l'umanità nel suo intero, concepita come un insieme di individui eguali*.

72 CERRONI, Umberto. *Sulla storicità della distinzione tra diritto positivo e diritto pubblico*. In *Rivista Internazionale de Folosofia del Diritto*. Roma: Einaudi, 1960, p. 362. Lucarelli neste ponto lembra que *Alla base del bene comune vi è, dunque, il primato della funzione sul titolo, il primato della posizione giuridica soggettiva sul bene, il primato dell'ordine fenomenico e sociale sull'individuo. Una pluralità di soggetti sono consapevoli di non poter esercitare diritti individuali esclusivi e non si rapportano ad un bene in comunione in chiave*

Mas que bens materiais típicos poder-se-iam demarcar como comuns à humanidade/sociedade a partir desta reflexão de Lucarelli? Ele mesmo responde a isto, sustentando que: *Ricordiamoci che efficienza e qualità nel governo dei beni comuni significano tutela della salute, dell'ambiente, dell'occupazione, nel rispetto dei principi della dignità, della giustizia sociale e della solidarietà*.[73]

Contemporaneamente pode-se associar de igual sorte aos bens comuns ameaçados os que dizem com: (a) crescimento populacional descontrolado levando à superpopulação; (b) a poluição e a crise por que passa o acesso a água, com a superexploração de aqüíferos e desperdício de água devido a problemas com irrigação; (c) problemas atinentes à extração predatória de madeira em áreas de fronteira agrícola e o uso indiscriminado de queimadas; (d) a queima de combustíveis fósseis e o consequente aquecimento global; (e) a destruição de habitats e a caça clandestina, levando à extinção em mass de holoceno; (f) a superexploração da pesca predatória, colocando em risco espécies de vida oceânica e de rios em extinção; etc. .

---

concorrenziale con gli altri, dove l'interesse generale cede dinanzi al diritto di proprietà (concezione individualistica romana).

73 LUCARELLI, Alberto. Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni. Op.cit., p.14. Na mesma direção foi o trabalho histórico de HARDIM, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. In Science, December 13, 1968. Neste texto, o autor chega a dar exemplos paradigmáticos, em 1968, dos chamados bens comuns violados periodicamente, a saber: a sobrepesca e destruição dos Grandes Bancos, o fim da migração dos salmões em rios represados (em tempos mais recentes, principalmente no rio Colúmbia, noroeste dos EUA, mas, historicamente nos rios que deságuam no Atlântico Norte), a devastação na pesca do esturjão (em tempos recentes, especialmente na Rússia, mas em outros períodos históricos, também nos Estados Unidos), e, em termos de abastecimento de água, o suprimento limitado disponível em regiões áridas (por exemplo, a região do Mar de Aral), e o abastecimento de água de Los Angeles, especialmente no lago Mono e lago Owens.

5. Conclusão

Em termos de marcos normativos nacionais, com certeza é o art.216, da Constituição Federal de 1988, que melhor exemplifica a preocupação formal do país com a matéria deste ensaio, referido expressamente que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Aduz ainda o parágrafo primeiro daquele dispositivo constitucional que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

A despeito mesmo da existência de legislação infraconstitucional protetiva destes bens – atinentes ao tombamento e mesmo inventários, por exemplo -, o grande problema ainda é o cultural, a ponto da dar efetividade às prerrogativas e garantidas destes interesses públicos indisponíveis que representam tais bens, afigurando-se ainda um longo caminho a percorrer, sabe-se lá a que custo para o patrimônio de gerações.

Referencias Bibliográficas

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

AZEVEDO, Paulo Ormindo de. *Por um inventário do patrimônio cultural brasileiro*. Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. n. 22, 1987.

BASBAUM, Leôncio. *História Sincera da República.* 04 volumes. São Paulo: Alfa-Ômega, 1981.

BERLE JR., Adolf A. *A Propriedade Privada na Economia Moderna*. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política.* Brasília: UNB, 1996.

BORON, Atílio. *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

CASTRO, Sônia Rabello de. *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CERRONI, Umberto. *Sulla storicità della distinzione tra diritto positivo e diritto pubblico*. In *Rivista Internazionale de Folosofia del Diritto*. Roma: Einaudi, 1960.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro *et all. Crimes e infrações administrativas ambientais. Comentários à Lei nº 9605/98*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga.* Coimbra: Porto, 1987.

CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano.* Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CUREAU, Sandra. *Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural*. Brasília. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Ano II, nº 9, out/dez. 2003. p. 189-195.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985.

DUGUIT, León. *Las Transformaciones generales del derecho privado.* Madrid: Sacramento, 1960.

-----*Traité de Droit Constitutionnel.* Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1967.

ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado.* São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FERRI, Píer Giorgio. *Os bens culturais no direito italiano*. In: Direito do Patrimônio Cultural. Coord. MIRANDA, Jorge et. all. Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1996 p. 111-149

FERRO, Marcelo Roberto. *A Propriedade Privada no Código de Napoleão*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 70, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FIGUEIREDO. Lúcia Valle de. *Competências Administrativas dos Estados e Municípios*. Doutrina Jurídica Brasileira, Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7.

FIORAVANTI, Marcelo. *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica.* In *Quaderni Fiorentini,* 13. Florença: Einaudi, 1984.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via.* Rio de Janeiro: Record, 1999.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O Estatuto da Propriedade Perante o Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 64, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GRASSERIE, Raoul de. *Principios sociológicos del derecho civil.* Madrid: Hijos de Reus, 1908.

HABERMAS, Jürgen. *Nos limites do Estado.* In Especial para a Folha de São Paulo, Caderno MAIS!, Página: 5-4. Edição: Julho de 1999.

HARDIM, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. In Science, December 13, 1968.

HAURIOU, André. *Derecho Constitucional y Instituciones Politicas.* Barcelona: Ariel, 1990.

IBANEZ, Maria Del Rosário Alonso. *Direito do patrimônio cultural em Espanha: situação actual e perspectivas*. In: Direito do Patrimônio Cultural. Coord. MIRANDA, Jorge et. all. Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1996 p. 151-179.

JOSSERAND, August. *De L´Esprit des droits et de leur relativité.* Paris: Ginevre, 1939.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

-----.*A função social da cidade e da propriedade no Brasil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Artigo inédito. Nápole, 2009.

------. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Nápoli: Univeristà Frederico II, 2007.

MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica.* São Paulo: Paz e Terra, 1991.

MARÉS, Carlos Frederico. *A proteção jurídica dos bens culturais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, nº 2. 1993. p. 19-35.

MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano.* São Paulo: Max Limonad, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MESNARD, André-Hubert. *Política e direito do patrimônio cultural em França: situação actual e perspectivas*. In: Direito do Património Cultural. Coord. MIRANDA, Jorge et. All. Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1996. p. 181-204.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

NABAIS, José Casalta. *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra. Almedina. 2004.

PARDO, Guillermo Orozco e ALONSO, Esteban J. Pérez. *La tutela civil y penal Del Patrimônio histórico cultural o artístico*. Madri. McGraw-Hill. 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietá nel Nuovo Diritto*. Milano: Giuffrè, 1994.

RICHTER, Rui Arno. *Breves considerações acerca da tutela jurídica ao meio ambiente cultural*. Atuação Jurídica. Associação Catarinense do Ministério Público. Ano 4, n. 6, ago. 2001, p. 69-73.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *O patrimônio cultural nos documentos internacionais*. *In* Direito Ambiental

Internacional. Orgs. Cristiane Derani e José Augusto Fontoura Costa. Ed. Universitária. Santos, 2001, p. 199-215.

SANDULLI, A.M.. *Beni pubblici.* In *Enciclopedia de Diritto.* Vol. V. Milano: Giuffrè, 1959.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo. Malheiros. 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol.306, p.73/78.

VIVANCO, Antônio Carlos. *Teoria de Derecho Agrário.* México: Porruà, 2008.

WALD, Arnold. *Direito das Coisas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ZOLO, Danilo. *Liberta, proprietà Ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali.* In Diritti Fonamentali: un dibattito teorico. Roma: Laterza, 2008.

QUESTÕES DE EUGENIA, NOVOS DIREITOS E HABERMAS

Vicente de Paulo Barretto [74]
Leonardo de Camargo Subtil [75]

1. Introdução

A contribuição de Habermas para o exame das questões relativas à eugenia deve ser precedida pela explicitação do método empregado nesta análise. Procura-se dimensionar o possível estabelecimento de uma ordem jurídica, que atenda às exigências morais e jurídicas suscitadas no âmbito da sociedade tecnocientífica contemporânea, tendo em vista a crítica de Habermas aos argumentos e às políticas da eugenia liberal.

Quanto ao método, a principal regra diz respeito ao rompimento de certos "*obstáculos epistemológicos*", que se processa, como ensina Gaston Bachelard (2001), através da libertação de conceitos materialmente instáveis, prejudiciais e advindos de um realismo ingênuo. Assim, deve evitar-se a chamada "*paralisia cognoscitiva*", isto é, a não diversidade de métodos sobre os objetos de estudo, bem como a inexistência de hipóteses de especulação.

---

74 Livre-Docente pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Professor nos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS e da UNESA. Professor Visitante da Faculdade de Direito da UERJ.

75 Mestrando em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (Bolsista CAPES/Prosup). Membro do Grupo de Estudos em Mireille Delmas-Marty (Unisinos).

Desse modo, torna-se necessário que na análise substantiva das questões suscitadas, considere-se a dupla perspectiva transdisciplinar[1] e a interdisciplinar, como elementos necessários para que se possa estabelecer a ligação entre a Bioética, o Biodireito e as teorias relativas às práticas eugênicas, especialmente, aquelas formuladas por Jürgen Habermas. Nesse tipo de análise deve-se, também, considerar que a responsabilidade moral e jurídica, constitui-se em "[...] categoria central do sistema social e jurídico e serve como parâmetro de imputação dos atos individuais" (BARRETTO, 2009, p.01).

Após o estabelecimento das regras de adequação metodológica, passa-se aos objetivos do presente estudo acerca das repercussões da introdução das novas tecnologias genéticas no campo ético e normativo da sociedade contemporânea, especialmente através da compreensão *habermasiana* dessa problemática.

A questão da técnica representa o referencial necessário para que se possam avaliar as implicações eugênicas na sociedade tecnocientifica contemporânea. Para tanto, vamos nos valer do entendimento *habermasiano* da natureza e da função da técnica, e, com isso, verificar a possibilidade de um liame de causalidade entre o que Habermas chama de "*dammbruchargumente*" [2] (efeito bola-de-neve) e a ameaça à compreensão da espécie humana como agente moral no quadro da natureza.

No segundo momento da proposta desse estudo, investigam-se as possíveis implicações da teoria *habermasiana*

---

1 A transdisciplinaridade deve ser entendida como uma perspectiva metodológica que pressupõe a unidade e a totalidade do conhecimento, ligada à confluência cognoscitiva entre os campos de estudo de diferentes disciplinas condizente com o nível profundo de integração, portanto, postando-se além de abordagens identificadas como multidisciplinares, haja vista corresponder à ultrapassagem de barreiras demarcatórias de campos de estudo disciplinares a fim de abarcar toda a complexidade epistemológica (MORIN, 1998, p. 138).

2 Esta linha de objeção geralmente é denominada de *slippery slope argument* (argumento da ladeira escorregadia) ou *dammbruchargumente* (argumento efeito bola-de-neve), a ser demonstrada como uma das ilações necessárias à *contra-eugenia habermasiana* (FELDHAUS, 2005, p.311).

contra-eugênica no estabelecimento de um futuro Direito da natureza humana, onde a proibição da autoinstrumentalização da natureza humana e da heterodeterminação se constitui na razão de ser de uma nova ordem biopolítica e jurídica na sociedade tecnocientifica[3]. A ênfase dada por Habermas na dimensão ética do ser humano é que permitirá a leitura crítica de sua proposta, que será examinada com referência a dois contrapontos argumentativos, desenvolvidos de perspectivas diferentes, por Ronald Dworkin (2003 e 2005) e Álvaro Valls (2005).

2. A compreensão do "efeito bola-de-neve"

Preliminarmente, antes de considerar as bases teóricas de Habermas que possibilitem a compreensão do efeito bola-de-neve, como ameaça à autocompreensão ética da espécie humana, é necessário explicitar o significado de alguns dos termos a serem utilizados durante esse estudo, quais sejam, *eugenia liberal*[4], *eugenia positiva*[5], *eugenia negativa*[6],

---

3 Na sociedade moderna tecnocientifica, as indeterminações e as incertezas passam a ser a norma fundante da sociedade. Nesse sentido, Ellul (1968) preconiza que a técnica tende a uma universalização que envolve os homens, os quais não têm capacidade de escolher ligar-se ou não a objetos técnicos. Para Ellul, a técnica não possui limites, e no futuro, será eliminado tudo aquilo que não for técnico (ANDRADE, 2006, p. 44).

4 Sobre a eugenia liberal, referira Habermas que: "Nas sociedades liberais, seriam os mercados que, regidos, por interesses lucrativos e pelas preferências da demanda, deixariam as decisões eugênicas às escolhas individuais dos pais e, de modo geral, aos desejos anárquicos de fregueses e clientes [...]." (HABERMAS, 2004, p.65-66).

5 Enquanto a eugenia liberal é gênero, a eugenia positiva (aperfeiçoamento) é espécie, sendo que: "[...] não reconhece um limite entre intervenções terapêuticas e de aperfeiçoamento, mas deixa às preferências individuais dos integrantes do mercado a escolha dos objetivos relativos a intervenções que alteram características." (HABERMAS, 2004, p.27).

6 A eugenia negativa (clínica) refere-se às intervenções genéticas para evitar doenças genéticas graves, sem intenção de aperfeiçoamento (HABERMAS, 2004).

DGPI[7] e *células-tronco totipotentes*[8].

Nesse contexto, o que se entende por "argumento do efeito bola-de-neve" habermasiano? Qual é o perigo que se esconde, na perspectiva de Habermas, no cerne desse argumento? Quais as suas possíveis interferências na autocompreensão ética da espécie humana?

O *dammbruchargumente habermasiano*[9] (argumento da ladeira escorregadia/efeito bola-de-neve) sustenta que pela aceitação prévia de uma eugenia negativa/terapêutica (atitude clínica), corre-se o risco, pela habitualidade moral das transformações genéticas de cunho preventivo (evitar doenças), por critérios pragmático-liberais, de cair-se numa eugenia positiva/aperfeiçoamento. Nesse sentido, estaríamos tratando a questão eugênica meramente como se fosse solucionada por uma atividade artesanal, caracterizada por ocupar-se exclusivamente com a construção de objetos, e, assim, ignorar, por irrelevante, as dimensões morais da pessoa.

---

7 Sobre o DGPI (diagnóstico genético de pré-implantação), Habermas escreve que: "torna possível submeter o embrião que se encontra num estágio de oito células a um exame genético de precaução. Inicialmente, esse processo é colocado à disposição de pais que querem evitar o risco da transmissão de doenças hereditárias. Caso se confirme alguma doença, o embrião analisado na proveta não é reimplantado na mãe; desse modo, ela é poupada de uma interrupção da gravidez, que, do contrário, seria efetuada após o diagnóstico pré-natal." (HABERMAS, 2004, p.24).

8 Ao referir-se a este tipo de célula, Habermas identificara que as mesmas são responsáveis pela "produção de tecidos de órgãos específicos a partir de células-tronco embrionárias e, num futuro mais distante, evitar doenças graves, condicionadas monogeneticamente, por meio de uma intervenção de correção no genoma." (HABERMAS, 2004, p.24).

9 Importante mencionar-se a compreensão de que a *ladeira escorregadia* é iniciada anteriormente à manipulação genética extracorporal, pois: "A ladeira escorregadia (*dammbruchargumente*) da qual Habermas fala, inicia bem antes da manipulação genética extracorporal. Justamente a autocompreensão da espécie sustentada por Habermas faz da tendência de subtrair-se ao próprio destino natural um dado antropológico irrenunciável, ou seja, o homem moderno se identifica com a luta sem fim contra o sofrimento físico, o destino natural da decadência corpórea e da morte certa." (HECK, 2006, p.53).

A questão, portanto, encontra-se no perigo da queda em argumentos e políticas eugênicas de aperfeiçoamento (positivas), pois se torna difícil estabelecer critérios *do que é* ou o *do que não é* terapêutico. Aceitando-se essa premissa, Habermas aponta para o medo da mudança da autocompreensão da espécie humana, que ocorreria em duas etapas. Em primeiro momento, pela consagração de uma eugenia liberal negativa, para, após, no segundo momento, cair-se no abismo moral da eugenia positiva (de aperfeiçoamento), pois, torna-se, sobretudo, "[...] relevante a questão que indaga se o processo de diagnóstico genético de pré-implantação e a pesquisa em células-tronco de embriões humanos estimulam em grande escala as atitudes que favorecem a passagem da eugenia negativa para a positiva." (HABERMAS, 2004, p.130).

Quanto ao segundo questionamento sobre qual seria o sinal do perigo desse argumento, Habermas busca fundamento na questão dos interesses econômico-político-individuais[10] que rondam as questões relativas à eugenia liberal, pois, como a pesquisa biogenética ligou-se aos interesses de aproveitamento dos investidores e à pressão dos governos nacionais, "o desenvolvimento biotécnico revela uma dinâmica que ameaça derrubar os longos processos normativos de esclarecimento na esfera pública." (HABERMAS, 2004, p.25).

Nesse ponto, parece que se encontra a oposição habermasiana à permissão do DGPI (diagnóstico genético de pré-implantação), bem como das células-tronco embrionárias, eis que seria moralmente problemático adotar-se uma atitude subjacente a uma eugenia liberal, permeada pelos riscos biotecnológicos, eis que "[...] podem trazer efeitos nefastos para a vida

10 Quanto às relações entre técnica, ciência e interesses individuais, Jürgen Habermas sublinhara que: "com a crescente liberdade de escolha incentiva a autonomia privada do indivíduo, a ciência e a técnica estiveram até o momento informalmente aliadas ao princípio liberal de que todos os cidadãos devem ter a mesma chance de moldar sua própria vida de maneira autônoma." (HABERMAS, 2004, p.35).

humana. Técnicas que tinham por objetivo principal a melhoria da saúde do homem produziram, no exercício da medicina e nas possibilidades que abriram para manipulações, uma gama de intervenções que em vez de serem curativas, tornaram-se fonte de patologias" (BARRETTO, 2009, p.17).

Habermas desenvolve o seu argumento, procurando demonstrar como na sociedade liberal, os interesses representam uma gama variada de motivações coletivas e individuais. Os motivos variam de grupo social para grupo social. Assim, os pesquisadores podem ser movidos pela busca da reputação e do reconhecimento acadêmico e científico; os fabricantes procuram o sucesso econômico do empreendimento farmacêutico; por fim, assinala Habermas, nesse processo, o próprio beneficiário último e comprador dos produtos da pesquisa e da tecnologia biogenética termina por ficar enredado nas malhas do sistema pesquisa- empresa- medicamento. Escreve, Habermas, sobre como os produtos do sistema econômico- produtivo "[...] vão ao encontro dos interesses dos compradores. E esses interesses frequentemente são tão convincentes que com o passar do tempo a preocupação moral empalidece." (HABERMAS, 2001, p.209).

Assim, o esvaziamento da questão moral, pela aceitação condescendente do paradigma eugênico-liberal negativo prévio, surge como o maior desafio para a adoção de políticas de eugenia liberal negativa. Nesse contexto é que Habermas situa o risco da incidência do fenômeno, por ele denominado de *dammbruchargumente*, que terminaria por levar na sociedade biotecnológica às *assimetrias discursivas intergeracionais*[11], fruto da

---

11 As compreensões acerca das assimetrias intergeracionais discursivas no Direito serão melhor desenvolvidas no item 3. Para efeitos de pré-compreensão do tema, Habermas delineara que: "A disposição arbitrária sobre a configuração genética de uma outra pessoa fundaria uma relação interpessoal desconhecida até agora entre o gerador e o gerado, entre o modelo e a cópia genética. Essa relação de dependência diverge das conhecidas relações interpessoais à medida que ela subtrai a possibilidade de transformação em uma relação entre iguais, entre posicionados normativamente iguais e tratados de modo igual. O *designer* fixa de modo irrevogável e assimétrico a figura inicial do seu produto

atitude de artesão (eugenia positiva/aperfeiçoamento). O processo de construção de um artefato realiza-se independente de considerações de caráter moral e, dessa forma, torna-se a causa final e legitimadora da atividade de pesquisa e de suas aplicações tecnológicas.

Um dos principais problemas na introdução de políticas eugênico-liberais no contexto das novas biotecnologias reside na impossibilidade de se estabelecer uma responsabilidade moral. Isto porque, o binômio *manifestação de autonomia/imputação da responsabilidade moral* não encontra guarida na atitude de artesão descrita por Jürgen Habermas.

As assimetrias discursivas, no caso de utilização das técnicas de aperfeiçoamento, gerariam a impossibilidade do *ser* não ser compreendido como único autor de seu destino, impossibilitando a própria manifestação da *autonomia volitiva*[12]. Essa autonomia expressa uma vontade de agentes morais, que têm duas características identificadoras da própria pessoa humana: é uma vontade consequência do uso da razão no quadro da liberdade. Dessa forma, pode-se constatar que a vontade autônoma, resultante da razão e da liberdade, termina por ser esvaziada de suas características humanas em virtude do uso de tecnologias que impossibilitam a manifestação da pessoa como ser autônomo, portanto, agente moral.

O terceiro questionamento de Habermas trata das interferências do *dammbruchargumente* na autocompreensão ética da espécie humana, mais precisamente, da queda moral nas eugenias de aperfeiçoamento após o prévio empalidecimento moral nas eugenias negativas (terapêuticas). A pergunta feita por

– fundamentalmente sem deixar aberta a possibilidade de uma troca de papéis." (HABERMAS, 2001, p.218).

12 No mesmo sentido acerca da necessária existência da manifestação da vontade na delimitação da autonomia do indivíduo: "Esses atos são considerados morais porque expressam a manifestação de vontade autônoma do indivíduo e permitem a atribuição de responsabilidade moral a cada um" (BARRETTO, 2009, p.02).

Habermas consiste em situar as consequências da tecnização da natureza humana como fator de alteração da autocompreensão ética da espécie "[...] de tal modo que não possamos mais nos compreender como seres vivos eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos." (HABERMAS, 2004, p.57).

Ao ver de Habermas, essas intervenções (tecnização da natureza humana) atentam contra as condições de formação da identidade do ser afetado, eis que provocam uma "alteração da autocompreensão ética da espécie – uma autocompreensão que não pode mais ser harmonizada com aquela autocompreensão normativa, pertencente a pessoas que determinam sua própria vida e agem com responsabilidade." (HABERMAS, 2004, p.58-59).

As manipulações genéticas, portanto, poderiam alterar perigosamente a nossa autocompreensão enquanto seres morais e os próprios fundamentos normativos da integração social, impedindo que os indivíduos se considerassem como autores de suas próprias vidas, no entendimento de que "as questões éticas na contemporaneidade transcendem o espaço restrito das relações interindividuais, pois em virtude da tecnociência refletem os problemas encontrados no âmbito da ecologia, da natureza humana e do futuro da espécie humana" (BARRETTO, 2009, p.18).

Esse vácuo axiológico encontrado na esteira da introdução das novas biotecnologias representa um desafio para o Direito[13].

13 Sobre a importância do Direito nessa proteção contra a eugenia liberal, Habermas sublinhara que: "A tentativa de prevenir, mediante recursos jurídicos, que nos acostumemos a uma eugenia liberal, que vai se instalando lenta e discretamente, e de garantir à procriação, ou seja, à fusão de seqüências de cromossomos dos pais, um certo grau de contingência ou naturalidade seria algo diferente da expressão de uma resistência apática e antimodernista como *garantia* das *condições de preservação* da autocompreensão prática da modernidade, essa tentativa seria, antes, um ato político de uma ação moral relativa a si mesma." (HABERMAS, 2004, p.36). A insuficiência revela-se tanto na teoria da responsabilidade quanto na teoria da justiça: "Os avanços da biotecnologia trouxeram consigo uma gama de questionamentos éticos, que terminaram por demonstrar a insuficiência teórica dos fundamentos da teoria clássica da responsabilidade e da justiça" (BARRETTO, 2009, p.17-18).

Para Habermas o sistema de normas jurídicas serve como instrumento *contra-eugênico*, eis que junto "[...] com a instrumentalização da vida pré-pessoal está em jogo uma autocompreensão da ética da espécie, que determina se ainda podemos continuar a nos compreender como seres que agem e julgam de forma moral." (HABERMAS, 2004, p.98).

3. Por um futuro Direito da natureza humana?

A concepção habermasiana, oposta à clonagem humana, à eugenia liberal, à pesquisa com células embrionárias e ao diagnóstico genético de pré-implantação, demonstra a preocupação em discutirem-se, apesar do caráter hipotético de discussão[14], as interferências das técnicas genéticas na autocompreensão normativa da espécie humana. Frente a esse perigo de "*instrumentalização técnica da vida humana*"[15] pela engenharia genética, imprescindível repensar o papel do Direito como regulador eugênico, mais especificamente no sentido habermasiano, como regulador e limitador eugênico, respectivamente, das eugenias terapêuticas/negativa (atitude clínica) e das eugenias de aperfeiçoamento/positiva (atitude do artesão).

Antes de maiores reflexões acerca do papel do Direito nessa nova realidade técnico-científica, torna-se necessário um retorno ao pensamento de Jürgen Habermas. Encontra-se na obra do

14 Neste caso, a expressão "*caráter hipotético de discussão*" é empregada para designar que muitas das questões discutidas "dependem de certo desenvolvimento do progresso científico, ainda não alcançado." (FELDHAUS, 2007, p.94).

15 O medo *habermasiano* consiste na recaída no que Alvin Toffler desenvolveu no *Choque do Futuro*, ou seja, "De fato, chegará um dia, talvez, em que educaremos nossas máquinas." (TOFFLER, 1994, p.220). No mesmo sentido acerca da dominação técnico-científica, dissertara Gilbert Hottois: "La tecnociencia transtorna, hace estallar, física y conceptualmente, el mundo y el orden llamado natural. Esto puede ilustrarse con algunos ejemplos tomados de la literatura científica. [...] Se utiliza técnicamente o vivo, o parcelas de lo vivo, como instrumentos para producir, por ejemplo, seres vivos sin precedentes." (HOTTOIS, 1999, p.54-55).

filósofo a sugestão de que o correto entendimento da heterodeterminação externa e irreversível determina as razões em virtude das quais ocorre uma necessária dependência deste conceito ao de perigo da autoinstrumentalização da natureza humana.

A heterodeterminação externa irreversível em Habermas diz respeito ao processo de intervenções eugênicas de aperfeiçoamento que "[...] prejudicam a liberdade ética na medida em que submetem a pessoa em questão a intenções fixadas por terceiros, que ela rejeita, mas que são irreversíveis, impedindo-a de se compreender livremente como autor de sua própria vida." (HABERMAS, 2004, p.87). O que isto significa? Habermas responde que é a perda da *consciência de autoria da vida própria*, isto é, a perda da contigencialidade natural do humano, bem como a desnaturalização da espécie humana pelo binômio tecnização/cientifização da cultura moderna.

Assim, para Jürgen Habermas, a manutenção das condições igualitárias de discursividade entre os seres morais, na indisponibilidade da vida humana, surge como *razão de ser* da garantia da autocompreensão da espécie humana e fundamenta um novo papel para o Direito, que irá preencher o vácuo axiológico deixado pela introdução das novas biotecnologias. Nas questões biotecnológicas suscitadas na pós-modernidade, a responsabilidade passa da esfera essencialmente *individual* para uma esfera *metaindivual*, onde "[...] atende a necessidade de se encontrar respostas às indagações de caráter ético e jurídico, suscitadas pelo progresso científico e técnico" (BARRETTO, 2009, p.04).

Habermas demonstra que a utilização das técnicas genéticas viola os pressupostos essenciais das ações responsáveis surgidas num contexto de igualdade das condições discursivas, ausente na incidência da heterodeterminação externa irreversível (HABERMAS, 2001, p.95). Nesse repensar das garantias da convivência social, qual o novo papel do Direito frente à relação de *não-semelhantes* (*gerado e não-gerado*), isto é, de seres em *assimetria discursiva*? São questões a serem pensadas à luz das

interferências entre Direito, Ciência e Moral na era das biotecnologias.

Importante mencionar que o reconhecimento da autonomia igualitária pública e privada ganharia conotações jurídicas importantes. Isso porque na ordem pública do estado democrático de direito, os cidadãos só podem gozar dessa autonomia caso todos se reconheçam reciprocamente como autônomos, ou seja, quando a reciprocidade e, por consequência, a responsabilidade, não sejam afetadas pela manipulação genética. (HABERMAS, 2001, p.211). Além disso, o instituto da responsabilidade jurídica[16] sofreria grandes transformações, eis que "o clone assemelha-se ao escravo na medida em que ele pode empurrar para outras pessoas uma parte da responsabilidade que normalmente deveria caber a ele mesmo." (HABERMAS, 2001, p.211).

O Direito como limitador eugênico surge como instrumento para "impedir" e como ferramenta decisória para a *não-violação* da assimetria intergeracional pela eugenia liberal, pois, como escreve Habermas (2001, 2004), torna-se clara a ocorrência de um deslocamento moral-discursivo e, por consequência, de todo o estatuto jurídico relativo às questões da responsabilidade nas relações sociais. As necessárias limitações dessa eugenia liberal de aperfeiçoamento, onde a heterodeterminação externa irreversível[17] (atitude do artesão) e, por conse-

16 A responsabilidade, entretanto, frente à complexidade das relações demonstradas entre Direito, Moral e Ciência, "[...] antes de ser jurídica, permanece como uma questão filosófica, pois suscita a indagação a respeito da unidade da pessoa, sobre a identidade pessoal, procurando determinar os limites da autonomia racional e como se situa a questão da alteridade" (BARRETTO, 2009, p.06).

17 Quanto às interferências da heterodeterminação externa irreversível na relação direitos/deveres dos seres em questão (sofredores das intervenções eugênicas), a compreensão eugênico-habermasiana "[...] acredita que estes indivíduos poderão sofrer uma heterodeterminação irreversível, que não se situa simplesmente na relação dos direitos e deveres compartilhados pelos seres morais. A heterodeterminação aludida por Habermas possui um caráter externo à comunidade moral vivenciada pelos agentes, e remonta ao estágio de vida pré-pessoal. Nessas sociedades crescem progressivamente tendências violentas de

quência, a a*utoinstrumentalização da espécie humana*[18], exigem uma nova compreensão do Direito.

Dessa forma, o Direito como limitador eugênico ganharia um novo significado ao impedir essa *assimetria discursiva intergeracional*, pois a pessoa programada geneticamente "[...] não poderia se compreender como única autora de sua vida e nem como nascida sob as mesmas condições. Há um tipo de determinação externa, anterior à entrada na comunidade moral." (FELDHAUS, 2005, p.315).

A importância do Direito como limitador eugênico surge, assim, da preservação da própria autocompreensão da espécie humana, numa tentativa de salvar o homem da autoinstrumentalização científico-tecnicista moderna apontada por Jürgen Habermas, principalmente, na obra *Técnica e Ciência como Ideologia* (HABERMAS,1987). Trata-se, entretanto, da exigência de uma ordem jurídica qualificada por sua dimensão necessariamente democrática. Nesse sentido é que se torna relevante recuperar os argumentos da democracia deliberativa habermasiana, onde se preconiza a necessidade do debate público-democrático na regulação das questões eugênicas, eis que "[...] todas as intervenções terapêuticas, inclusive as realizadas no período pré-natal, precisam passar a depender de um consenso das possíveis pessoas envolvidas, a ser suposto pelo menos de forma contrafactual." (HABERMAS, 2004, p.127).

A necessidade de *regulamentação jurídica*[19] das eugenias terapêuticas (negativas) e de proibição das eugenias de aperfei-

---

limitação das capacidades decisórias sobre aspectos íntimos da pessoa humana e que deveriam ser intransferíveis (FELDHAUS, 2007, p.97).

18 "Esse tipo de controle deliberado de qualidade coloca um novo aspecto em jogo – a instrumentalização de uma vida humana, produzida sob condições e em função de preferências e orientações axiológicas de terceiros." (HABERMAS, 2004, p.43).

19 Sobre a necessidade da regulamentação (eugenia negativa - atitude clínica) e da proibição (eugenia positiva – atitude de artesão) na compreensão *habermasiana* acerca da eugenia: "Habermas defende a regulação das intervenções

çoamento (positivas) é essencial na análise da contra-eugenia habermasiana. O argumento de Habermas procura suscitar na sociedade tecnocientifica contemporânea uma reação de não passividade diante dos projetos da eugenia liberal, isto é, dos perigos decorrentes do *dammbruchargumente* de uma autocompreensão ética da espécie humana, como referida acima.

Quais os desafios de um futuro Direito *eugênico* da Natureza Humana, na definição da tênue linha do clínico/artesão, da eugenia positiva/negativa, numa tentativa de interromper as nefastas influências normativas da autoinstrumentalização na autocompreensão da espécie humana? Como situar a ameaça técnico-cientificista moderna no quadro dos fundamentos jurídico-filosóficos da responsabilidade[20]? Como impedir as assimetrias intergeracionais-discursivas decorrentes da eugenia liberal e, por consequência, manter um estatuto jurídico único[21] frente à pluralidade genético-discursiva?

---

terapêuticas, eugenia negativa, e a proibição das intervenções aperfeiçoadoras, eugenia positiva. A justificação desta distinção é o critério normativo do consentimento presumido. Habermas defende que intervenções visando eliminar ou evitar doenças com base genética poderiam ser aceitas ou ao menos se pode presumir que seriam aceitas ou consentidas pela pessoa geneticamente manipulada, ao passo que as intervenções que adentram no terreno do aperfeiçoamento não poderiam contar com esse tipo de consentimento, portanto, deveriam ser proibidas." (FELDHAUS, 2007, p.99).

20 Os fundamentos jurídico-filosóficos da responsabilidade serão afetados pela introdução ou ameaça de consecução das novas biotecnologias, pois "A idéia de responsabilidade justifica-se como a espinha dorsal da vida social em virtude da qual os homens concebem-se uns aos outros como pessoas morais, i.e., seres capazes de atos racionais que se formalizam através de direitos e deveres. Considerar alguém responsável, ou não, por um ato, consistem em estabelecer o núcleo moral pétreo da vida social, que se molda por atitudes de aprovação ou reprovação em relação ao outro" (BARRETTO, 2009, p.06).

21 Imprescindível visualizar-se que a idéia de responsabilidade, frente à essa assimetria discursiva ocasionada pela impossibilidade do ser entender-se como autor de sua própria vida, "torna-se impensável quando se ignora a definição de pessoa formulada por Kant: "uma pessoa é um sujeito cujas ações são suscetíveis de imputação", enquanto as coisas são tudo aquilo que não é suscetível de imputação" (BARRETTO, 2009, p.07).

A proposta habermasiana consiste no preenchimento jurídico desses vácuos deixados pela biotecnologia, tornando indisponível juridicamente o que está se tornando disponível pela técnica, ou seja, a vida humana lançada no *genetic supermarket* liberal. O grande desafio da reflexão jusfilosófica, nessas questões, consiste em recuperar "[...] a dimensão perdida da idéia de responsabilidade e situá-la no espaço da moralidade, que lhe é próprio" (BARRETTO, 2009, p.08). O Direito *eugênico* surge, portanto, mais como meio de defesa da autocompreensão ética da espécie humana, num processo de moralização da natureza humana pela proibição da heterodeterminação externa irreversível e da autoinstrumentalização da espécie humana.

4. Os caminhos e descaminhos da eugenia liberal

A defesa mais consequente da eugenia liberal encontra-se na obra de Ronald Dworkin. Dworkin sustenta que as proposições de Jürgen Habermas contra a chamada *eugenia liberal*, baseado no argumento de que a eugenia liberal funda-se na heterodeterminação externa irreversível, como visto anteriormente no item 3, não se sustenta argumentativamente. As críticas desenvolvidas por Ronald Dworkin a Jürgen Habermas têm origem, especialmente, nos debates realizados durante o Colóquio *Law, Philosophy & Social Theory*[22] organizado por Ronald Dworkin e Thomas Nagel, na Universidade de Nova York.

As considerações de Habermas sobre a crítica de Dworkin[23] encontram-se desenvolvidas no Posfácio à edição brasileira de

22 *The Program in Law, Philosophy and Social Theory,* NYU Law School, outono de 2001.

23 Os textos em que Jürgen Habermas desenvolve suas posições acerca das questões eugênicas estão enumerados, cronologicamente e originalmente, a seguir: 1) *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*2) *Die geklonte Person wäre kein zivilrechtlicher Schadensfal*; 3) *Nichte die Natur verbietet das Klonen. Wir müssen selbst entscheiden*; 4)

"*O Futuro da Natureza Humana*" (HABERMAS, 2004), na obra "*A Constelação Pós-Nacional: ensaios* políticos" (HABERMAS, 2001). Por sua vez, as principais objeções de Ronald Dworkin acham-se nas obras "*Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*" (DWORKIN, 2005) e "*Domínio da Vida*" (DWORKIN, 2003).

Para efeitos de melhor visualização da crítica *dworkiniana*, delinear-se-á uma divisão entre críticas gerais ao modelo *contra-eugênico*, e críticas específicas, enfatizando-se, sobretudo, a relação de causalidade *heterodeterminação externa irreversível*/*estremecimento da autocompreensão da espécie humana* proposto por Jürgen Habermas.

4.1 *Ronald Dworkin* e a *contra-eugenia*

> No contexto da não aceitação da tese de proibição da clonagem e da engenharia genética[24] (alteração genética e clonagem humana), Dworkin (2005, p.625), na esteira de crítica aos seguidores da *contra-eugenia*, sustenta que os problemas comuns de justiça social e pessoal ainda não foram alterados pelas novas tecnologias genéticas. Dessa forma, não ocorreria o perigo apontado por Habermas do efeito bola-de-neve. Além disso, torna-se necessário demonstrar como as novas tecnologias genéticas proporcionariam aos cientistas e aos médicos as condições de criação e de (re) criação da própria espécie humana.
>
> Por outro lado, Dworkin chama a atenção para o fato de que diante das primeiras experiências de clonagem feitas com

Sklavenherrschaft der Gene; 5) *Moralische Grenzen des Fortschritt*; 6) *A sketch of L'avenir de la nature humaine*; 7) *Replik auf einwände* e 8) *Auf schiefer Ebene* (FELDHAUS, 2007, p.94).

24 Ronald Dworkin utiliza o termo engenharia genética para se referir tanto às alterações genéticas totais quanto à clonagem humana, embora reconheça que são técnicas distintas (DWORKIN, 2005, p.625).

animais[25], num processo de cristalização de choque e de indignação, a engenharia genética permaneceu ainda num total descrédito e repulsa moral, por parte da sociedade e do Estado (2005, p.625). O medo dos argumentos contra-eugênicos seria então injustificado ou, pelo menos, prematuro face ao estado atual dos conhecimentos científicos e suas aplicações tecnológicas.

Qual, então, seria o motivo de tamanho temor, expresso nos argumentos de Habermas? O principal motivo de preocupação, ao ver de Dworkin, resultou de pura especulação. Imaginou-se que seria tecnicamente possível a clonagem de seres humanos, o que em consequência, sem que houvesse uma relação de causa e feito, provocou uma onda de reação à manipulação da composição genética do zigoto e, por consequência, do código genético humano.

Nesse sentido, Dworkin (2005, p.625), ao fazer dura crítica à retórica do Parlamento Europeu[26], argumenta que a "resolução" institucionalizada do órgão sobre a clonagem do embrião humano reconhece as três principais objeções feitas à liberalização do uso das novas tecnologias oriundas da engenharia genética, quais sejam:

---

25 Neste ponto, Dworkin refere-se à clonagem da ovelha Dolly como sendo um divisor de águas na repulsa à engenharia genética, eis que "comissões foram nomeadas às pressas pelos governos e pelos órgãos internacionais que denunciaram a idéia imediatamente. O Presidente Clinton decretou que não se poderiam empregar verbas federais para financiar a pesquisa da clonagem humana, e o Senado dos Estados Unidos considerou proibir, por meio de leis totalmente abrangentes e impacientes, toda e qualquer pesquisa nesse sentido." (DWORKIN, 2005, p.624).

26 Em sua manifestação acerca da clonagem do embrião humano, o Parlamento Europeu assim dispusera: "firme convicção de que a clonagem de seres humanos, tanto experimental, no contexto dos tratamentos de fertilidade, diagnósticos pré-implantes, para transplante de tecidos, quanto para qualquer outra finalidade, é antiético, moralmente repugnante, contrário ao respeito pela pessoa e grave violação dos direitos humanos fundamentais, o que não pode, em hipótese alguma, ser justificado ou aceito." (DWORKIN, 2005, p.625).

1) **Pesquisa Genética como perigo (cautela)**: geração de inúmeros abortos e de crianças deformadas;
2) **Problemas de Justiça Social (predominância econômica)**: acesso somente aos ricos, por vaidade, num processo de aumento das desigualdades pela riqueza.
3) **Valorização Estética – Ausência de variabilidade genética**: perpetuação de características de altura, inteligência, cor e personalidade, ou seja, seres *prêt-à-porter*.

Não considerando os argumentos utilizados por Habermas no sentido da preservação e de certa absolutização-sacral da vida humana, Dworkin responde aos três argumentos (segurança, justiça e estética) do Parlamento Europeu da seguinte maneira:

Primeiramente, quanto à objeção de que as pesquisas genéticas trazem perigo, numa concretização da engenharia genética total, ou seja, sobre a questão da *Segurança*, Dworkin preconiza que os abortos realizados, as deformidades eventualmente encontradas e os exemplos tomados das clonagens em animais, por si só, não se constituem razões moralmente suficientes para impedir a pesquisa e, com isto, prejudicar o avanço dos conhecimentos técnicos (DWORKIN, 2005, p.626).

Dworkin admite que se torna necessário uma regulamentação pontual sobre a utilização dessas novas tecnologias, quando se deverá avaliar os riscos com esses novos experimentos. Isto porque não se pode pura e simplesmente correr-se o risco de prejudicar o melhoramento de características humanas, somente sob o argumento de "*mero perigo*" da espécie humana (DWORKIN, 2005, p.627).

Quanto à segunda objeção levantada pelo Parlamento Europeu acerca dos problemas de justiça social, que procuraria

assegurar o privilégio de *quem paga mais leva o melhor produto (o humano)*, Dworkin considera que as vaidades dos ricos não representam os únicos objetivos das novas técnicas. Pelo contrário, sustenta Dworkin, a biotecnologia abre novas possibilidades médicas, que nunca dantes foram imaginadas, e muito menos garantidas, sobretudo para aqueles com menos condições financeiras.

Nesse sentido, na tentativa de refutação da principal objeção à justiça social, que se encontraria também no corpo da legislação do Parlamento Europeu, Dworkin sugere uma argumentação alternativa à proibição das pesquisas. Sustenta que a regulamentação das pesquisas no campo da eugenia não deve obedecer a critérios de igualdade por baixo, ou seja, nivelar a igualdade por baixo.

Outrossim, refere que "[...] no caso da medicina genética mais ortodoxa, técnicas disponíveis durante algum tempo somente para os muito ricos quase sempre geram descobertas de valor muito mais geral para todos." (DWORKIN, 2005, p.628). Portanto, Dworkin, no seio da doutrina liberal, reconhece que a fuga das injustiças, neste caso, está muito mais ligada à redistribuição e não precisamente à recusa de introdução de novas tecnologias (autorização das pesquisas), beneficiando temporariamente alguns em face de outros, em virtude de insuficiência econômica.

Quanto à terceira objeção realizada pela retórica *proibitiva* da engenharia genética, qual seja, a da valorização da estética e da ausência de variabilidade genética, Dworkin (2005, p.628) ressalta que, embora a reprodução tratada pela engenharia genética seja diversa, a sociedade já possui clones fruto da chamada *loteria genética* de nascimentos múltiplos geneticamente idênticos (tratamentos de infertilidade).

Destarte, essa relação de uma exata sincronia entre engenharia genética, valorização estética e invariabilidade genética não é vista como algo claro para Dworkin (2005, p.629), pois remete a um universo de escolhas possíveis, bem como a uma

dimensão qualitativo-temporal, ou seja, os pais podem variar suas escolhas de acordo com o tempo e com as preferências intergeracionais[27].

Além disso, as preocupações principais vão muito além das assimetrias sexuais, pois se referem muito mais ao problema da espécie humana, especialmente, na questão relativa aos fenótipos culturais dominantes. Lembra Dworkin (2005, p.630), que são apenas probabilidades, isto é, são apenas hipóteses científicas contidas nesses termos de supervalorização estética e de perda da hibridização cultural[28].

Ao final de suas primeiras críticas às proibições eugênicas, Dworkin refere-se ao *Brincar de Deus*[29], isto é, a sociedade moderna, sob o manto do vago conceito de *direitos humanos fundamentais*, fundamenta a repulsa da introdução de novas tecnologias e, por consequência, qualquer sorte de modificações genéticas. Nesse contexto de repulsa à engenharia genética, a retórica do Parlamento Europeu prevalece e *brincar de Deus* é

---

27 Quanto ao aspecto das escolhas possíveis, Dworkin refere-se ao exemplo das comunidades do Norte da Índia, salientando que: "É verdade que em certas comunidades no norte da Índia, por exemplo, preferem-se filhos às filhas. Mas tal preferência parece tão sensível às circunstâncias econômicas, bem como a preceitos culturais que mudam, que não oferece motivo para pensar que o mundo será, de repente, inundado por uma geração dominada por homens" (DWORKIN, 2005, p.629). Além disso, refere-se à questão do aborto seletivo pelo gênero: "O aborto seletivo pelo sexo já existe a algum tempo, resultante da amniocentese e de leis liberais relativas ao aborto, e parece que não se estabeleceu como tendência geral. Em todo caso, não se justificaria a interrupção das experiências com base em especulação tão fraca" (DWORKIN, p.629).

28 Sobre a história do hibridismo cultural, bem como sobre as suas principais manifestações modernas, ver os interessantes estudos realizados por Peter Burke (BURKE, 2006) e Néstor García Canclini (CANCLINI, 2003).

29 Nesse contexto de provocações às proibições eugênicas, Dworkin faz interessantes questionamentos: "Qual a diferença, afinal, entre inventar a penicilina e usar genes alterados pela engenharia e clonados para curar doenças ainda mais pavorosas do que aquelas curadas pela penicilina? Qual a diferença entre obrigar seu filho a fazer exercícios extenuantes para ganhar ou perder peso e alterar os genes, ainda em embrião, com a mesma finalidade?" (DWORKIN, 2005, p.631).

errado em si, mesmo que sob a cegueira humana das consequências que possam advir para a espécie humana, isto é, a negação plena das novas tecnologias genéticas frente ao desconhecimento dos riscos.

Dworkin avança e procura situar o que se pode entender por *Brincar de Deus* e o porquê disso ser errado. Por acaso é errada a resistência da humanidade às catástrofes naturais ou ao aprimoramento da espécie? Dworkin sublinha que a problemática que envolve o debate sobre a eugenia situa-se no argumento de que ocorre um deslocamento de moralidade, onde esse "[...] limite fundamental entre acaso e escolha é a espinha dorsal de nossa ética e da nossa moralidade, e qualquer alteração profunda nessa fronteira é um deslocamento grave (DWORKIN, 2005, p.632). Ao final, o que isso significa?

Na resposta a esse questionamento, considera-se muito mais a percepção de vida bem-vivida, eis que é primordialmente preenchida por "*supostos dados sobre os limites superiores da abrangência da vida humana*". Qual a relação dessa afirmação com a ciência genética? Ronald Dworkin responde a questão, preconizando que "[...] a ciência genética nos mostrou a possibilidade de um deslocamento moral semelhante e iminente, embora maior." (DWORKIN, 2005, p.633).

Deste modo, frente a esse possível e repentino deslocamento moral, o homem sente-se ameaçado pela engenharia genética eis que "tememos a possibilidade de pessoas criarem outras pessoas porque tal possibilidade em si altera [...] – o limite entre a sorte e a escolha que estrutura todos os nossos valores." (DWORKIN, 2005, p.633). Ao fim das críticas, Dworkin vê-se tomado pela contrariedade diante dos argumentos habermasianos, pois acredita que esse deslocamento moral não agride nossos valores atuais, pelo contrário, "*torna absoluta grande partes deles*." (DOWRKIN, 2005, p.633).

Ao concluir suas objeções gerais, Dworkin disserta sobre a não prevalência do argumento de proibição da eugenia (*brincar de Deus*/*brincar com fogo*), pois *brincar de Deus* é, de fato,

brincar com fogo, "Mas é isso que nós, os mortais, temos feito desde os tempos de Prometeu, o deus padroeiro da perigosa descoberta. Brincamos com fogo e assumimos as consequências, pois a alternativa é a covardia perante o desconhecido." (DWORKIN, 2005, p.636).

As críticas gerais de Ronald Dworkin ao modelo *contra-eugênico*, portanto, referem-se substancialmente a três argumentos essenciais, quais sejam, a segurança, a justiça e a estética, donde conclui que estes não são suficientemente fortes como mantenedores das proibições de introdução das técnicas de engenharia genética e, por consequência, da eugenia liberal.

A seguir, serão examinadas as críticas específicas de Ronald Dworkin ao modelo proposto por Jürgen Habermas, especialmente na questão da dependência causal entre modificação genética para aperfeiçoamento e a limitação da autocompreensão normativa da espécie humana.

4.2 As críticas específicas de *Ronald Dworkin* ao modelo *habermasiano* de *contra-eugenia*

> Primeiramente, é preciso referir que apesar das duras críticas feitas por Ronald Dworkin no Colóquio *Law, Philosophy & Social Theory*, Habermas tem refletido sobre a tomada de consciência do caráter filosófico que envolve a discussão referente aos fundamentos de autocompreensão da espécie humana, principalmente no tocante às ações humanas responsáveis. Habermas crê que o pragmatismo americano, marcado por autores como Ronald Dworkin e Thomas Nagel, não aceita substancialmente os seus argumentos acerca da eugenia, em virtude de possuírem uma crença inquebrantável na ciência e na técnica modernas, bem como no liberalismo clássico (HABERMAS, 2004, p.104-105). Além disso, os autores americanos, adeptos à eugenia liberal interessam-se somente pelo modo do desenvolvimento

científico, fruto dos novos conhecimentos. Em consequência, não mais discutem o processo de produção biogenética, que "[...] além da aplicação de terapias genéticas, termina com um *shopping in the genetic supermarket* [compras no supermercado genético]." (HABERMAS, 2004, p.104).

Na concepção liberal as questões referentes à eugenia, os direitos individuais dos pais, na qualidade de consumidores, são independentes das imposições estatais, ou seja, são como *vontades soberanas*. Desse modo, o pragmatismo americano nas questões relativas à ciência e à técnica não consegue perceber as modificações a serem implementadas pelas intervenções eugênicas, nem mesmo a alteração da própria autocompreensão da espécie humana. Ao final, na perspectiva eugênico-liberal, tudo se resume como se ao indivíduo a ser alterado geneticamente fosse facultada a possibilidade de intervenções reparadoras.

Após esta introdução das críticas *dworkinianas* específicas, delinear-se-ão as 04 (quatro) críticas principais aos argumentos da *contra-eugenia* estabelecida por Habermas (2004, p.117-123), no *Futuro da Natureza Humana* (HABERMAS, 2004), quais sejam:

Crítica à premissa que estabelece que a intervenção genética é realizada por uma terceira pessoa, e não pela própria pessoa em questão;

Crítica à premissa que estabelece que a pessoa em questão toma retrospectivamente conhecimento da intervenção pré-natal;

Crítica à premissa do entendimento/reconhecimento pelo ser modificado em características genéticas particulares, mas que permaneceu idêntico a ele mesmo, de forma que é capaz de adotar uma atitude hipotética em relação à intervenção genética;

Crítica à premissa de que o ser em questão recusa-se a se apropriar das modificações genéticas como "parte de sua pessoa".

> A primeira objeção[30] baseia-se no fato de que para Dworkin, o argumento da heterodeterminação não prospera[31] no caso de imaginar-se que a pessoa em questão (que sofre a intervenção) poderia, a qualquer momento, inverter/reverter o procedimento genético realizado antes de seu nascimento. Dworkin acredita que o próprio ser geneticamente modificado "[...] poderia proceder a uma intervenção genética, à maneira que uma terapia genética em células somáticas – o que não seria muito diferente de uma cirurgia estética." (HABERMAS, 2004, p.118).

Enquanto que na primeira objeção Dworkin refere-se ao argumento da heterodeterminação, na segunda crítica[32] ao modelo *habermasiano*, dispõe sobre o reconhecimento/conhecimento retrospectivo da intervenção pré-natal pelo ser em questão (que sofreu alteração/modificação genética). O que isso significa? Ao ver de Dworkin, a questão de conhecimento/re-

---

30 Com vistas apenas à visualização da resposta *habermasiana* a esta crítica, transcreve-se: "Essa variante da automanipulação é útil porque revela o sentido pós-metafísico do argumento. A crítica da heterodeterminação não se baseia absolutamente numa desconfiança subjacente em relação à análise e à recombinação artificial de componentes do genoma humano. Com efeito, ela não parte da suposição de que a tecnização da natureza humana representa algo como uma transgressão de limites naturais. A crítica é válida independentemente de uma idéia de uma ordem jusnatural ou ontológica, que poderia ser "transgredida" de maneira criminosa." (HABERMAS, 2004, p.118).

31 No mesmo sentido crítico de Ronald Dworkin, Wolfgang Kersting refere que a proposta *habermasiana* possui um *Calcanhar de Aquiles Consequencialista* na necessidade de reconhecimento da dependência causal entre a intervenção genética para aperfeiçoamento e a limitação de liberdade para construção de um projeto de vida (KERSTING, 2005, p.95).

32 A visão de Habermas sobre esta crítica surge com um questionamento sobre o segredo das intervenções eugênicas: "Precisamos concluir a partir disso que não haveria nenhum dano caso a informação fosse mantida em segredo? Tal suspeita nos coloca na pista falsa da tentativa ontologizante de situar o prejuízo causado à autonomia num espaço independente de qualquer consciência do conflito, seja no "inconsciente" da pessoa em questão, seja numa área de seu organismo inacessível à consciência, uma área, por assim dizer, "vegetativa". Essa variante da intervenção genética ocultada suscita apenas a questão moral de saber se é lícito uma pessoa de tomar conhecimento de dados importantes de sua biografia." (HABERMAS, 2004, p.118-119).

conhecimento da intervenção pré-natal não é imprescindível, o *segredo* não surge como algo ofensivo, pois "só pode haver conflito entre projetos de vida pessoais e intenções geneticamente estabelecidas por outra pessoa se o indivíduo em crescimento tomar conhecimento do design da intervenção pré-natal." (HABERMAS, 2004, p.118).

Quanto à terceira objeção *dworkiniana* acerca do entendimento/reconhecimento pelo ser modificado em características genéticas particulares, mas que permaneceu idêntico a ele mesmo, de forma que é capaz de adotar uma atitude hipotética em relação à intervenção genética, Habermas refere que isso só "[...] vale para a determinação de uma característica fundadora da identidade – e esse é o sentido da objeção –, a modificação genética de características distintas, de disposições ou capacidades também não poderia ser condenada. (HABERMAS, 2004, p.120). Assim, essa terceira crítica[33] de Dworkin a Habermas manifesta-se, mais uma vez, na questão da heterodeterminação, eis que para Habermas "a heterodeterminação se manifesta, com efeito, na divergência que pode surgir entre a pessoa envolvida e o designer sobre as intenções da manipulação genética." (HABERMAS, 2004, p.121).

Ao final de suas críticas, Dworkin disserta acerca da questão em que o *ser* (que sofreu intervenção eugênica) recusa-se a se apropriar das modificações genéticas como "*parte de sua pessoa*". Na proposição habermasiana, qual seria a ilação lógica dessa dependência causal? Enquanto que para Habermas, o ser recusaria as modificações genéticas para aperfeiçoamento, pois gostaria de desenvolver outros dons, para Dworkin não haveria problema nisso, pois o *ser* em questão não obstaria o recebimento de tais artifícios genéticos, que melhorariam a sua

33 Nesse contexto, um dos pontos mais criticados por Dworkin, na esteira da terceira crítica, reside na afirmação de Habermas, segundo a qual: "A razão moral para a crítica continua sendo a mesma, ainda que a pessoa prejudicada na sua consciência da autonomia não possa se pronunciar, já que ela simplesmente não tem capacidade de se opor." (HABERMAS, 2004, p.121).

qualidade de vida e, por consequência, aumentariam a sua longevidade.

Em síntese, essas constituem as objeções dworkinians às proposições habermasianas acerca das questões eugênicas, onde Ronald Dworkin considera o debate eugênico-liberal como um conflito entre a liberdade de reprodução e a proteção da vida pré-concebida. Além disso, na posição dworkiniana acerca da continuação ou não das pesquisas genéticas e da liberação ou não das decisões individuais (vontades individuais), preponderaria sempre a liberação, eis que a ausência de danos cientificamente comprovados e a falta de interesse do embrião corroborariam a refutação da tese habermasiana.

5. Considerações Críticas Finais

As novas biotecnologias, inseridas numa era dos progressos técnico-científicos, das leis de mercado e da valorização estética, devem ser reguladas pelo Direito a fim de preservar a autocompreensão ética da espécie humana?

Em suma, essa foi a preocupação central do presente estudo, tendo, como questão filosófico-jurídica principal, duas concepções de responsabilidade não-excludentes, "[...] a responsabilidade do bem – que obriga a autopreservação - e a responsabilidade do melhor – que determina o progresso ou o aperfeiçoamento qualitativo da vida humana" (BARRETTO, 2009, p.19). Assim, duas teses principais foram problematizadas.

A primeira indagação desenvolvida consiste no esclarecimento do efeito bola-de-neve e de suas influências na contra-eugenia de Jürgen Habermas. Percebe-se que no propósito de estabelecer uma dependência causal entre modificação genética para aperfeiçoamento e limitação da autocompreensão normativa da espécie humana, Habermas funda sua proposta na *escolha de ser si mesmo* (auto-identidade

individual), de Søren Kierkegaard[34], na tentativa de obter respostas pós-metafísicas, mas não religiosas, ao problema da *vida correta* (VALLS, 2005).

Entretanto, a fim de determinar o que precisa ser definitivamente indisponível, aproveita-se do potencial formal do pensamento existencial de forma limitada e somente até certo ponto, pois a ética pós-metafísica, mas não religiosa, de Kierkegaard "[...] não se definia previamente em termos de conteúdo." É nesse ponto que Habermas distancia-se de Kierkegaard, pois, o rompimento da *abstinência (cautela) justificada*[35] da filosofia quanto aos conteúdos "[...] chega ao seu limite quando toca as questões relativas a uma "ética da espécie" ("*Gattungsethik*")." (VALLS, 2005, p.07).

Nesse ponto, reside a grande preocupação de Habermas: podemos dispor de nós mesmos, dos nossos recursos genéticos, das nossas futuras gerações? Ao ver de Habermas, realizadas as modificações genéticas, na determinação do ser manipulado por um terceiro, a decisão torna-se irreversível (fatalismo determinista), gerando uma relação de assimetria discursiva intergeracional, ferindo a responsabilidade moral nas relações de reconhecimento legalmente institucionalizadas (HABERMAS, 2004, p.20). Entretanto, como assinala Álvaro Valls, "seria este um juízo de valor definitivo, ou apenas a constatação de um fato da sensibilidade comum diante de algo novo e estranho?" (VALLS, 2005, p.08).

A segunda hipótese parece ser mais adequada à análise da estrutura contra-eugênica, pois Habermas tem certa tecnofobia, certo pessimismo quanto à técnica e à ciência (1987), pois as qualifica de maneira pejorativa. Além disso, a utilização de termos como "coisificação do embrião" demonstra a adoção

---

34 Jürgen Habermas recorreu a duas obras principais de Søren Kierkegaard, "*A alternativa*", de 1843 e "*A doença para a morte*", de 1849.

35 O rompimento da *abstinência (cautela) justificada* diz respeito ao abandono do exclusivismo das propriedades formais nos processos de autocompreensão. Assim, a filosofia intervém nos conteúdos dos processos.

disfarçada e não convincente do segundo imperativo categórico kantiano por Habermas "[...] ao acusar confusão de limites entre pessoas e coisas." (VALLS, 2005, p.10).

Logo após, o segundo questionamento realizado no presente estudo foi o de qual postura o Direito deveria assumir frente à introdução das novas biotecnologias? Qual o papel do Direito na contra-eugenia de Habermas?

Como bem salientou Álvaro Valls, há uma espécie de fatalismo na argumentação habermasiana, pois nega a dialética existencial de Kierkegaard, que aceita o passado como fato contingente, reformando-o para o futuro, ou seja, na própria dimensão da liberdade (VALLS, 2005, p.10). Além disso, Habermas aponta para um possível ressentimento futuro do ser modificado geneticamente em relação aos seus pais, originado na irreversibilidade das modificações genéticas determinadas, o que levaria a um novo papel do Direito como limitador eugênico.

A crítica ao fatalismo habermasiano reside no fato de que os seres modificados "[...] têm de se arranjar com sua história prévia, seja ela determinada num laboratório, seja determinada por um namoro num bailão de periferia: filhos nascem com condições herdadas, que podem ou não apreciar, no primeiro momento." (VALLS, 2005, p.09). Assim, a diferença central, portanto, é que na dialética existencial de Kierkegaard, diferentemente da postura habermasiana, o indivíduo não se apropria de seu passado ingenuamente, mas o faz de maneira autocrítica, tendo como referencial as ações futuras.

A relação entre os "possíveis" fatalismo determinista, ressentimento do ser modificado e assimetria discursiva, leva o Direito a um claro caráter de regulação e de limitação eugênicas, numa clara proposta tecnofóbica e antiliberal, de proibição da heterodeterminação externa, tanto para as eugenias terapêuticas como para as de aperfeiçoamento.

Ao final, fica a provocação de Álvaro Valls ao debate contra-eugênico de Habermas, "[...] não é decerto a proibição dos

avanços biotecnológicos que acabará com o fatalismo ou com o ressentimento! Pois, para falar a verdade, há ressentidos pré- e pós-tecnológicos!" (VALLS, 2005, p.11).

Referencias Bibliográficas

ANDRADE, T. H. N. 2006. *O futuro da técnica: intimização e imprevisibilidade*. *Teoria & Pesquisa*. (48): 37-49.

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Edições 70. São Paulo, 2001.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. *In*: MARTINS-COSTA, Judith. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 01-22.

BURKE, Peter. *Hibridismo Cultural*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

CANCLINI, Néstor García. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. 4. ed. São Paulo: EDUSP, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

______. *Domínio da Vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

______. *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1993.

DUTRA, D. J. V. *Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. 2.ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

ELLUL, J. *A técnica e o desafio do século.* São Paulo: Paz e Terra, 1968.

FELDHAUS, Charles. 2007. *Habermas, ética da espécie e seus críticos*. *Princípios*, (15): 99-127.

______. 2005. *O futuro da natureza humana de Jürgen Habermas: um comentário*. *Ethic@*, (4): 309-319.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

______. *O Futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

______. *Técnica e Ciência como "Ideologia"*. Lisboa: Edições 70, 1987.

HECK, José Nicolau. 2006. *Eugenia Negativa/Positiva: o suposto colapso da natureza em J. Habermas*. *Veritas*, (51): 42-55.

HOTTOIS, Gilbert. *El paradigma bioético: una ética para la tecnociencia*. Barcelona: Anthropos, 1999.

KERSTING, Wolfgang. *Liberdade e Liberalismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

KIERKEGAARD, Søren. *La maladie e La morte*. *In*: Oeuvres complètes. Paris: Éditions de L'Orante, 1970.

____. *L'Alternative*. *In*: Oeuvres complètes. Paris: Éditions de L'Orante, 1970.

MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência.* 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

TOFFLER, Alvin. *O choque do futuro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 1994.

VALLS, A. L. M. *Habermas e o futuro do gênero humano; Genética e Biossegurança*, 2005. Manuscrito da palestra proferida em 06 de outubro de 2005 no IV Bioética Sul, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).